Digitized by Google

CE LIVRE A ÉTÉ DONNÉ
À LA BIBLIOTHÈQUE CANTONALE
ET UNIVERSITAIRE
PAR M. SERGE POPOFF, A MONTREUX

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Encyclopädie

der

Rechtswissenschaft

in

systematischer und alphabetischer Bearbeitung

herausgegeben

unter Mitwirkung vieler namhafter Rechtsgelehrter

von

Dr. Franz von Holtzendorff,
Professor der Rechte in Berlin.

Erster Theil.
Systematische Darstellung.

Leipzig,
Duncker & Humblot.
1870.

Digitized by Google

Encyclopädie

der

Rechtswissenschaft

in

systematischer Bearbeitung

herausgegeben

unter Mitwirkung namhafter Rechtsgelehrter

von

Dr. Franz von Holtzendorff,
Professor der Rechte in Berlin.

T
27

Leipzig,
Duncker & Humblot.
1870.

Digitized by Google

Das Uebersetzungsrecht für das Ganze und die einzelnen Theile vorbehalten.

Die Verlagsbuchhandlung.

Digitized by Google

Vorrede.

Vorreden dienen meistentheils als ein Rechenschaftsbericht, erstattet vom Schriftsteller über die ihn leitenden Absichten und die zu ihrer Verwirklichung verfügbar gewesenen Mittel, während es Aufgabe der Kritik ist, zu entscheiden, wie weit der erreichte Erfolg dem Plane einer wissenschaftlichen Arbeit entspricht. In Ungewißheit über die von ihm zu erreichenden Ergebnisse, des Gelingens noch unsicher, schreiben Verfasser ihre Vorrede zu dem Zwecke, um sich zu der Kritik in ein ihrer Person angemessenes Verhältniß zu setzen; sie verlangen nicht ausschließlich nach ihren Erfolgen, sondern auch nach ihren Absichten beurtheilt zu werden. Indem ich meinerseits die Ausgabe des letzten Heftes dieser Encyclopädie mit einigen Zeilen begleite, befinde ich mich in einer von den sonst vorliegenden Verhältnissen etwas abweichenden Lage. Ich darf auf Grund der bisher mir kundgegebenen Zeugnisse der Kritik annehmen, daß das nunmehr beendigte Werk kein verfehltes ist, in der Hauptsache sogar als gelungen betrachtet werden darf. Dies auszusprechen, bin ich deswegen berechtigt, weil das Verdienst der Encyclopädie zum weitaus größeren Theile nicht mir selbst, sondern Anderen gebührt. Die Anregung zur Herausgabe einer Encyclopädie der Rechtswissenschaft ging von der Verlagsbuchhandlung aus. Sie wendete sich mit dem Ersuchen an mich, eine im Sinne der Allgemeinverständlichkeit verfaßte, aber wissenschaftlich gehaltene Gesammtübersicht über den Stand der heutigen Rechtswissenschaft auszuarbeiten.

Wenngleich ich mit der Verlagsbuchhandlung die Ueberzeugung theilte, daß eine zusammenfassende Darstellung der einzelnen rechtswissenschaftlichen Fächer als ein Bedürfniß trotz des Vorhandenseins höchst anerkennenswerther encyclopädischer Werke vielfach empfunden würde, so war ich dennoch keinen Augenblick darüber im Zweifel, daß ich, auf meine eigenen Kräfte beschränkt, kaum etwas anderes würde leisten können, als eine wenig beachtenswürdige Vermehrung der in hinreichender Anzahl gebotenen Compilationen. Ich lehnte deswegen die mir allein gestellte Aufgabe ab, vereinbarte aber mit der Verlagsbuchhandlung den Plan, der nunmehr in der Ausführung vorliegt. Ihm zufolge sollte zunächst die Rücksichtnahme auf

Digitized by Google

die einer gelehrten Vorbildung entbehrenden Leser nur eine formale Bedeutung für die Art der Schreibweise beanspruchen, die Form der Darstellung hingegen zurücktreten hinter der Zweckbestimmung selbständiger Forschung in der Mittheilung des Wissenswürdigsten aus den Hauptfächern der Rechtswissenschaft. Die Schwierigkeit der gegenständlichen Begränzung des Stoffes sollte durch eine Scheidung systematischer und alphabetischer Behandlungsweise gehoben werden.

Das Eigenthümliche des von mir vorgeschlagenen Planes lag also darin, daß bei einer übersichtlichen Behandlung der einzelnen Fächer verschiedene Gelehrte zusammenwirken sollten, und außerdem der Stoff der Darstellung mit Rücksicht auf die Methode der Behandlung in eine systematische und in eine alphabetische Abtheilung zu zerlegen war. Auf der einen Seite also eine Combination persönlich freier Kräfte, von denen jede einzelne dem ihr gestellten Ziele in eigenthümlicher Weise nachstreben würde; auf der andern Seite die Auseinanderhaltung von Materien vermöge der Scheidung in eine systematische und alphabetische Behandlungsweise. Nicht ohne große Bedenken ging ich an die Ausführung dieses immerhin gewagten Unternehmens. Sich mit einer größeren Anzahl von Mitarbeitern im Wege des Briefwechsels zu verständigen, war keine geringe Mühe. Was mich ermuthigte, war die verhältnißmäßig und wider mein Erwarten geringe Anzahl der Absagen, die ich auf meine Einladungsschreiben von den zur Mitarbeiterschaft ausersehenen Berufsgenossen erhielt. Ich hatte mir nicht verhehlt, daß es eine große Selbstverleugnung erfordert, nach einem in den Grundzügen vorgezeichneten Plane innerhalb gewisser vorausbestimmter Gränzen für ein Sammelwerk zu arbeiten. Solche Arbeiten würden als Zwangsarbeiten empfunden werden, wenn sie nicht in der Ueberzeugung einer ihnen innewohnenden höheren Nützlichkeit unternommen würden.

Der erste Theil entspricht dem ursprünglichen Wortsinn eines Systems dadurch, daß er eine Zusammenstellung verschiedener auf denselben Zweck bezogener Abhandlungen über diejenigen Fächer darbietet, in welche die Rechtswissenschaft durch den akademischen Unterricht zerlegt wird. Versteht man dagegen unter „System" in Gemäßheit der dem Worte gegebenen engeren Bedeutung ein Werk, in welchem von einem einheitlichen Grundgedanken aus alle Einzelheiten im Wege der Schlußfolgerung entwickelt werden, so ergiebt sich, daß eine systematische Behandlung irgend welches Stoffes durch ein Zusammenwirken Mehrerer überhaupt zu den Unmöglichkeiten gehört. Die Verschiedenheiten in der Behandlungsweise, deren sich die einzelnen Mitarbeiter des ersten Theiles bedienten, sind auf den ersten Blick jedermann bemerkbar. Von einer verbindenden Einheit zwischen dem in der „philosophischen Einleitung" entrollten Programm und den darauf folgenden Abhandlungen konnte keine Rede sein. Jeder arbeitete für sich allein, ohne die in der Aneinanderreihung vorangehende Leistung zu kennen; auch hatte ich von vornherein darauf verzichtet, durch genaue, in's Einzelne gehende Anweisungen eine äußerliche, nur scheinbare Gleichheit zu erstreben. Trotz aller Verschiedenheiten in

Digitized by Google

der Ausführung des zu Grunde gelegten Planes dürfte jedoch im Ganzen eine gewisse Uebereinstimmung in der rechtswissenschaftlichen Methode gleichfalls erkennbar sein.

Für den aufmerksameren Beobachter enthüllt der erste Band der Encyclopädie die bemerkenswerthe Thatsache, daß die wissenschaftliche Einheit des deutschen Geistes in der Jurisprudenz in den letzten Jahrzehnten sehr erhebliche Fortschritte gemacht hat. Die alten Gegensätze zwischen geschichtlicher und philosophischer Betrachtungsweise haben merklich abgenommen; eine Hinwendung zu den Bedürfnissen des gegenwärtigen Lebens tritt wahrnehmbarer hervor. Ich zweifle, ob außerhalb Deutschland, innerhalb eines gleich großen Staatsgebietes ein ähnlicher Versuch, wie der in der Encyclopädie unternommene, zu einem gleichen Ergebnisse in der grundsätzlichen Uebereinstimmung der rechtswissenschaftlichen Methode bei dem Zusammenwirken Mehrerer geführt haben würde. Dem Leser steht es zu, zu beurtheilen, ob die in der Natur solcher Arbeiten liegenden Unebenheiten und Abweichungen, ob der Eindruck des Individuellen in den einzelnen Abhandlungen des ersten Bandes aufgewogen werden durch die Selbständigkeit der Auffassung und der Forschung.

Die Abgränzung des dem ersten Theile zuzuweisenden Stoffes von den Artikeln des alphabetisch geordneten Theiles der beiden letzten Bände bot eigenthümliche Schwierigkeiten dar. Im Großen und Ganzen konnte das Verhältniß zwischen den beiden, gleichzeitig von mir benutzten Methoden der Behandlung nur dieses sein: Alles, was dem Gebiete der allgemeinen Begriffsbestimmung, der obersten Grundsätze und der allgemeinen Lehren zugehörte, sollte dem systematischen Theile, was als Einzelheit des positiven Rechtes, oder als Anwendung auf genau bestimmbare Einzelheiten aufzufassen war, der alphabetischen Behandlung zugewiesen werden.

Mit gutem Grunde könnte dagegen eingewendet werden, daß eine solche Trennung weniger eine Analyse, als vielmehr eine willkürlich zu übende Auseinanderreißung des Zusammengehörenden in sich schließen würde. Keinen Augenblick gedenke ich zu leugnen, daß ich im Einzelnen zahlreiche Mißgriffe begangen haben mag; zu allgemeiner Rechtfertigung des von mir innegehaltenen Verfahrens diene indessen die doppelte Erwägung, daß alle nur alphabetisch geordneten Encyclopädien an dem Mangel leiden, daß in jedem Artikel die Entwickelung allgemeiner Lehren als Ausgangspunkt der Darstellung zu verschwenderischen Wiederholungen, zu zahlreichen Widersprüchen geführt hat, in den rein systematischen Encyclopädien es hingegen noch nirgends gelungen war, eine Vermittelung zu finden zwischen der Uebersichtlichkeit über das Zusammengehörende und der Wiedergabe der Einzelheiten.

Bisher wurden an die juristische Encyclopädie von verschiedenen Seiten zwei einander widersprechende Anforderungen gestellt. Sie sollte die Einheit der im Verlaufe der Zeit selbständig gewordenen Fächer zur Anschauung bringen und

Digitized by Google

andererseits die Errungenschaften des positiven Wissens gleichsam inventarisirend verzeichnen. Eine gleichzeitige Befriedigung dieser Anforderungen ist weder in der systematischen Form noch in der Herstellung alphabetischer Artikel für sich allein zu ermöglichen. Auf dieser Erwägung beruht der Gedanke, beide Arten der encyclopädischen Darstellung unter Auseinanderhaltung der Zweckbestimmungen mit einander zu verbinden und dabei das Allgemeine in synthetischer Weise, das Besondere in alphabetisch geordneter Analyse zu behandeln. Gehört es doch zu den Hauptergebnissen der neueren Wissenschaft, erkannt zu haben, daß verschiedene Methoden der Untersuchung in der Behandlung eines und desselben Gegenstandes zwar nicht mit einander vermischt werden dürfen, wohl aber bei ihrer gleichzeitigen und selbständigen Benutzung sich wechselseitig stützen und ergänzen. Es erschien mir deswegen als kein zu großer Uebelstand, wenn ein und derselbe Gegenstand zuweilen doppelt, d. h. sowohl im systematischen als im alphabetischen Theile berührt würde.

Die Lösung meiner Aufgabe würde leichter gewesen sein, wenn eben dieselben Mitarbeiter, die sich bei der Herstellung des systematischen Theiles zur Mitwirkung bereit fanden, auch gleichzeitig die in ihr Fach einschlagenden Artikel des alphabetischen Theiles übernommen hätten. Dies war jedoch nicht zu erreichen. Nicht einmal das war thunlich, daß innerlich zusammenhängende Artikel des alphabetischen Theiles in derselben Hand vereinigt blieben. Manche Zusage ward nachträglich zurückgezogen. Zwischen den Beginn und das Ende des Unternehmens fiel, die Arbeit durchkreuzend, der Krieg, der einzelne Mitarbeiter unter die Fahne rief. So viel als möglich suchte ich dennoch daran festzuhalten, daß verwandte Materien einem und demselben Verfasser vorbehalten bleiben sollten. Nur bei der juristischen Biographie und Bücherkunde gelang es mir, sämmtliche Artikel Herrn Dr. Teichmann zu überweisen, der diesen besonders mühseligen Theil der Arbeit bereitwilligst übernahm und vorbehaltlich einiger weniger, von mir aufgenommener Einschiebungen auch das Verzeichniß der biographischen Artikel anfertigte, als deren Anfangspunkt das Zeitalter der Glossatoren angenommen worden war.

Es giebt keine lexicographische Arbeit, in der Alles zu finden wäre, was der Nachschlagende sucht. Manches wird auch in dem von mir herausgegebenen Rechtslexicon vermißt werden, obgleich auf die Feststellung der einzelnen Artikel sehr viel Nachdenken und eine wiederholte Umarbeitung verwendet wurde. Auch darauf bin ich vollkommen gefaßt, daß die räumliche Vertheilung, die größere oder geringere Ausdehnung, die den einzelnen Artikeln zugebilligt wurde, Einwendungen begegnen muß. Hörte ich doch im Fortgange des Unternehmens von den Mitarbeitern selbst häufig genug Beschwerden, daß ihnen der nothwendige Raum zu sehr verengt worden sei. Eine billige Beurtheilung darf indessen, wofern sie sich an einen gewissen Durchschnitt des Geleisteten hält, Fehlgriffe in den Einzelheiten nachsichtig behandeln.

Als Herausgeber zolle ich mir selbst keine Anerkennung, sondern ich spreche nur aus, was die Gerechtigkeit in meinem persönlichen Verhältnisse zu den Mit-

arbeitern, was die Dankbarkeit von mir erfordert, wenn ich der Ueberzeugung Ausdruck verleihe: daß eine schwierigere Aufgabe kaum gestellt werden konnte, als diejenige einer so äußerst knappen Behandlung, wie sie durch die Gesammtanlage der Encyclopädie geboten war. Von einer Vollständigkeit in der Ausführung, von einer breiteren Entwickelung einer Theorie konnte nirgends die Rede sein. Andeutungen, Winke und Nachweisungen unter strenger Auswahl des Wichtigeren, war das Einzige, was sich erstreben ließ. Nach diesem Maßstabe geprüft, wird das zur Encyclopädie gehörige Rechtslexicon wohl die Anerkennung verdienen, daß der einmal gebotene Raum in intensiver Arbeit ausgenutzt worden ist. Im Uebrigen folgt aus der Natur der Sache, daß einige Wiederholungen ebenso wenig vermeidlich waren, wie einige Lücken. Als Herausgeber habe ich es unterlassen, mehr, als unumgänglich nothwendig war, an den mir eingesandten Artikeln zu ändern.

Die hauptsächlichen Schwierigkeiten, welche mir im Wege standen und von einer nachsichtigen Kritik billig beurtheilt werden mögen, waren in der Kürze diese:

1) Zunächst kam es darauf an, bei der Auswahl des dem positiven Rechte angehörigen Stoffes das Verhältniß zwischen dem älteren gemeinen Recht und der neueren Gesetzgebung richtig zu bestimmen. Innerhalb des Privatrechts schien es mir angemessen, den Schwerpunkt überall in der Beachtung des gemeinen (römischen) Privatrechts ruhen zu lassen und die neueren Codificationen, insbesondere das preußische, französische, österreichische und sächsische Privatrecht nur vergleichungsweise und nebenher herbeizuziehen. Anders verhielt es sich mit dem Proceßrecht. Der alte gemeine Inquisitionsproceß hat keinen Anspruch auf die Achtung, welche man sonst den Reliquien zollt. Hier galt es so viel, als irgend thunlich, den Erinnerungen an die Vergangenheit zu entsagen. Auch der gemeinrechtliche Civilproceß hat an Bedeutung in der letzten Zeit mehr und mehr verloren, seitdem die Annahme des Grundsatzes der Mündlichkeit innerhalb der öffentlichen Meinung der Fachgelehrten eine ausgemachte Sache ist und es sich nur noch darum handelt, die passende Begränzung in der Anwendung eines an sich als richtig anerkannten Grundsatzes zu bestimmen. Das Richtige in diesem Punkte herauszufinden, bot besondere Schwierigkeiten dar innerhalb des Uebergangszustandes, dem wir angehören. Auch im Criminalrecht war nach meiner Ansicht die Rücksichtnahme auf das alte gemeine Recht in den meisten Fällen entbehrlich. Als der Plan zur Encyclopädie entworfen wurde, konnte man kaum daran denken, daß in allernächster Zeit ein Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund zu Stande kommen würde. Das neueste Stadium der politischen Entwickelung hat es mit sich gebracht, daß die meisten der bereits früher vollendeten Artikel criminalistischen Inhalts von der inzwischen erfolgten Publication der deutschen Reichsgesetzgebung überholt wurden, ohne daß es möglich gewesen wäre, eine nachträgliche Umarbeitung vorzunehmen. Aehnliches ist vom Staatsrecht zu sagen. Die norddeutsche Bundesverfassung ist jedoch in den staatsrechtlichen Artikeln überall verwerthet

worden. Für das **Verwaltungsrecht** erschien es angemessen, die positiv rechtlichen Zustände des Preußischen Staates vorzugsweise zu berücksichtigen, wenngleich auch von ihnen anzunehmen und zu hoffen ist, daß sie sich vielfach in einem Uebergangszustande befinden und einer Reorganisation entgegensehen.

2) Erhebliche Zweifel veranlaßte die Abgränzung des zur Rechtswissenschaft im e. S. gehörigen Gebietes von den **staatswissenschaftlichen Fächern**. Da die deutsche Literatur zwei sehr umfassende Staatswörterbücher aufzuweisen hat, glaubte ich mich in schwierigen Fällen lieber beschränken zu müssen, als dem Vorwurfe entgegenzugehen, daß ich nach Gutdünken einzelne Materien der Staatswissenschaft aus ihren natürlichen Gränzen herausgerissen hätte. Volkswirthschaft, Finanzwissenschaft, Politik und Verwaltungslehre blieben daher dem Plane der Encyclopädie fern. Nur solche **Institute** des **Verwaltungsrechts** fanden Berücksichtigung, bei denen meiner Ansicht nach eine ausreichend feste juristische Grundlage in der neueren Gesetzgebung und Staatslehre vorhanden war. Eine scharfe und überall klare Abgränzung der Rechtswissenschaft von den staatswissenschaftlichen Fächern ist bisher nicht erreicht worden und steht auch vorläufig um so weniger in Aussicht, als in Wirklichkeit die meisten Materien des öffentlichen Rechts sowohl eine juridische als eine politische Beurtheilung mit Nothwendigkeit erheischen. Diese Gebiete gleichen den Strommündungen, an denen die flüssigen und die festen Körper mit einander ringen und eine unaufhörliche Veränderung der Wasserstandszeichen, der Küstenbildung, der Eindeichungen und des Fahrwassers als ein Ergebniß natürlicher Kräfte hingenommen werden muß.

3) Weniger schwierig war die Scheidung des gegenwärtig geltenden Rechts von den **rechtshistorischen** Materien. Dennoch fand sich auch hier öfters Gelegenheit zu Zweifeln. Einzelne Institute des germanischen Rechts sind im Absterben begriffen; es ist fraglich, ob sie noch eine Berücksichtigung verdienen. Im Allgemeinen hielt ich jedoch dafür, daß es angemessen wäre, ihrer Erwähnung zu thun. Im Uebrigen ist der Grundsatz von mir befolgt worden, auch den rechtsgeschichtlich bedeutenden Instituten (z. B. der Gewere) einen besonderen Platz in dem alphabetischen Theile zu versagen; das Geschichtliche vielmehr im systematischen Theile vorweg zu nehmen und es den Verfassern einzelner Artikel zu überlassen, in geeigneter Weise kurze historische Nachweisungen ergänzend darzubieten. Nur in einem einzigen Falle bin ich von der Regel abgewichen. Der Artikel: **Schwurgericht** ist in der Weise getheilt worden, daß Herr Professor **Brunner**, auf neue Forschungen fußend, eine geschichtliche Uebersicht über die Entstehung, Herr Professor **Glaser** dagegen die gegenwärtige Einrichtung des Schwurgerichts darzustellen unternahm.

4) Bezüglich der **literarischen Nachweisungen** zu den in den einzelnen Artikeln behandelten Materien ließ sich ein fester Maßstab nicht aufstellen. Auch hier schien es mir am besten, der Auswahl der Mitarbeitenden freien Spielraum zu lassen. Es galt mir als ausgemacht, daß eine Ausgleichung zwischen den überall

abweichenden Werthschätzungen der Citate nicht zu erreichen sein würde. Als wünschenswerthes Ziel betrachtete ich meinerseits nicht Vollständigkeit, sondern Hervorhebung des Bedeutenderen aus der neuen Literatur. Da es in Deutschland längst zur löblichen Sitte geworden ist, die Leistungen der Vorgänger, an denen wir uns fortbilden, gebührend zu erwähnen, so reicht es für bibliographische Zwecke in den meisten Fällen aus, die zuletzt erschienenen Arbeiten zu nennen. Wer weiter in die Dogmengeschichte zurückgehen will, wird sich eines solchen Wegweisers zu bedienen wissen. Uebrigens war ich der Ansicht, daß gerade von der Zweckmäßigkeit in der Auswahl literarischer Nachweisungen ein wesentliches Stück des von der Encyclopädie zu erwartenden Nutzens abhänge. Selbst für aufmerksame Beobachter ist es heutzutage schwer, den Bewegungen der literarischen Production zu folgen; zuverlässige Nachweisungen haben um so höheren Werth, als die juristische Literaturgeschichte nicht mehr, wie ehemals zusammenhängend, geschrieben wird, sondern lediglich in den Fragmenten weithin zerstreuter Notizen aufgesucht werden muß. Zeitersparniß in der vorbereitenden Arbeit literarischer Nachforschungen erscheint sicherlich als ein Vortheil in den Augen derer, die nicht ein Tagebuch über die neuere juristische Literatur führen.

Hiermit beschließe ich den kurzen Rechenschaftsbericht, den ich bis zum Schluß des ganzen Werkes aufgespart hatte. Die günstige Aufnahme, welche die Encyclopädie gefunden hat, entsprach vielmehr dem in seiner Schätzung erprobten Urtheil der Verleger, als meinen eignen Erwartungen, die sich auf die Wahrnehmung stützten, daß die heutige Zeit gegen die zusammenfassenden Arbeiten von Mißtrauen vielfach erfüllt ist, und mit Vorliebe die den Einzeluntersuchungen zukommende Bedeutung betont. Die ältere Generation der Juristen arbeitete gleichsam mit dem Teleskop, indem sie in weiter Ferne aus undeutlichen Umrissen Systeme und Prinzipien construirte, die keine andere Wirklichkeit hatten, als die Zusammenlegung einzelner Sterne zu den von der Phantasie geschaffenen Sternbildern. Das jüngere Geschlecht bedient sich mit Vorliebe des Mikroskops, indem sie die Welt des Kleinen durchforscht und hier nach Aufschlüssen sucht.

Für das Fortschreiten der Wissenschaft in allen ihren Abtheilungen, für die Erkenntniß des menschlichen Geistes in der Geschichte, wie für die Durchdringung der Natur ist es aber von großer Wichtigkeit, daß beide Richtungen sich das Gleichgewicht halten. In demselben Maße, als unsere Kenntniß der Einzelheiten innerhalb eines Faches wächst, steigt auch das Bedürfniß, Uebersichtspunkte über die größern Gebiete zu gewinnen. Von jener vielfach hervortretenden Abneigung gegen encyclopädische Darstellungen ist das vorliegende Buch deswegen verschont geblieben, weil es selbständige Arbeiten sind, die sich an einander reihen und wegen ihrer einfachen Zusammenstellung einen Ueberblick über den heutigen Stand der rechtswissenschaftlichen Erkenntniß ermöglichen.

Zahlreich sind die Mängel, die ich, ohne sie im Einzelnen zu kennen, dennoch als vorhanden vermuthe und mir, als dem Herausgeber, zur Last lege. Was

mich einigermaßen vor mir selbst entschuldigte, war die schwer zu berechnende Mühe, die ich aufgewendet habe, um die Ziffer meiner Mißgriffe zu vermindern. Dankbar werde ich allen denjenigen sein, welche mich auf Lücken, Auslassungen und Mißgriffe aufmerksam machen wollen; auch wäre es mir höchst willkommen, wenn mir zu einzelnen Artikeln des alphabetischen Theiles Versäumnisse in der Anführung wichtiger neuerer Schriften bemerkbar gemacht würden. Ich selbst als Herausgeber habe es nicht als meine Aufgabe erachtet, die literarischen Nachweisungen einzelner Mitarbeiter in solchen Fällen zu ergänzen, in denen sie mir unter dem Durchschnitte des Wünschenswerthen zurückzubleiben schienen. Mehr als mein persönliches Urtheil gilt mir die aus den Meinungen Anderer zu schöpfende Vergewisserung über den dieser Encyclopädie innewohnenden Grad der Brauchbarkeit. Als einen Beweis besonderen Wohlwollens werde ich es betrachten, wenn mir, im Hinblick auf die von den Verlegern gehoffte Möglichkeit einer zweiten Ausgabe, Irrthümer und Fehlgriffe angezeigt würden. In Beziehung auf einzelne Artikel des alphabetischen Theiles ist dies bereits durch persönliche Zuschriften geschehen. Bei einem Werke, wie dem vorliegenden, ist die Auffindung solcher Fehler mehr eine Sache der Entdeckung, als ein Ergebniß des Suchens. Aus diesem Grunde bin ich veranlaßt, vorzugsweise auch auf eine private Kritik zu rechnen, zumal die öffentlichen Besprechungen sich vornehmlich nur auf die Gesammtanlage und den von mir befolgten Plan gerichtet haben. Ich genüge einer angenehmen Pflicht, indem ich allen denjenigen, welche mich bisher auf Mangelhaftes aufmerksam gemacht haben oder mir in Zukunft durch ihre Kritik bei der Verbesserung dieser Encyclopädie Unterstützung gewähren, meinen Dank an dieser Stelle ausspreche.

Berlin, den 21. September 1871.

Der Herausgeber.

Mitarbeiterverzeichniß.

Endgültig festgestellt bei Ausgabe des letzten Heftes im October 1871.

Prof. Dr. **Ahrens** (Leipzig).
Gerichtsnotar **R. Baum** (Riga).
Prof. Dr. **Bekker** (Greifswald).
" " **Behrend** (Berlin).
" " **Brockhaus** (Basel).
" " **Brunner** (gegenwärtig Prag).
" " **Bruns** (Berlin).
" " **Bulmerincq** (Dorpat).
Kreisrichter **Eccius** (Greifswald).
Prof. Dr. **Eck** (Berlin).
" " **Endemann** (Jena).
" " **Franklin** (Greifswald).
Stadtgerichtsrath Dr. **Gad** † (Berlin).
Dr. **Gareis** (Würzburg).
Prof. Dr. **Geyer** (Innsbruck).
" " **Gierke** (Berlin).
" " **Glaser** (Wien).
" " **Gneist** (Berlin).
" " **Heinze** (Leipzig).
" " **Hinschius** (Kiel).
Consistorialrath Prof. Dr. **Hübler** (Berlin).
Oberappellationsgerichtsrath Dr. **John** (gegenwärtig Lübeck).
Stadtgerichtsrath **Keyßner** (Berlin).
Geheimer Finanzrath **Koch** (Berlin).
Dr. **v. Krafft-Ebing** (Baden-Baden).
Prof. Dr. **Lewis** (Berlin).
" " **v. Martitz** (Königsberg).

Prof. Dr. **Meier** (Halle).
" " **Merkel** (Prag).
Dr. **Pieck** (Berlin).
Prof. Dr. **Rivier** (Brüssel).
Kammergerichtsrath **Schaper** (Berlin).
Kreisrichter Dr. **Schultze** (Greifswald).
Prof. Dr. **Schütze** (Kiel).
" " **Spranger** (Leipzig).
Dr. **Teichmann** (Breslau).
Prof. Dr. **Wahlberg** (Wien).
" " **Wieding** (Kiel).
Dr. **Zimmermann** (Berlin).

Inhalt.

Seite

I. **Recht und Rechtswissenschaft im Allgemeinen.** Rechtsphilosophische Einleitung von Prof. Dr. Ahrens in Leipzig . . . 1

II. **Die geschichtlichen Grundlagen der deutschen Rechtsentwickelung und die Rechtsquellen** 61

1. Geschichte und Quellen des römischen Rechts. Von Prof. Dr. Bruns in Berlin 63
2. Geschichte und Quellen des kanonischen Rechts. Von Prof. Dr. Hinschius in Kiel 113
3. Geschichte und Quellen des deutschen Rechts. Von Prof. Dr. Brunner in Lemberg 141
4. Ueberblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen. Von Prof. Dr. Brunner in Lemberg 193
5. Die neueren Privatrechts-Codificationen. Von Privatdocent Dr. Behrend in Berlin 227

III. **Das Privatrecht** 245

1. Das heutige römische Recht. Von Prof. Dr. Bruns in Berlin 247
2. Das deutsche Privatrecht. Von Privatdocent Dr. Behrend in Berlin 373
3. 4. 5. Das Handels-, See- und Wechselrecht. Von Prof. Dr. Endemann in Jena 407

IV. **Das öffentliche Recht** 453

1. Das Kirchenrecht. Von Prof. Dr. Hinschius in Kiel 455
2. Das Strafrecht. Von Prof. Dr. Geyer in Innsbruck 497

Digitized by Google

I.

Recht und Rechtswissenschaft

im Allgemeinen.

Rechtsphilosophische Einleitung

von

Prof. Dr. H. Ahrens
in Leipzig.

---

1. Ueber den gegenwärtigen Zustand der Rechtswissenschaft und das Bedürfniß einer rechtsphilosophischen Grundlegung.

Es ist eine auffallende Thatsache, daß eine Wissenschaft wie die von Recht und Staat, welche so tief und allseitig in die menschlichen Lebensverhältnisse eingreift und bei verschiedenen Culturvölkern Jahrhunderte hindurch so viele tüchtige Kräfte für ihre Pflege und Weiterbildung in Anspruch genommen hat, in ihren Grundbegriffen und in ihren wesentlichen Beziehungen zu verwandten praktischen Wissenschaften, noch keineswegs festgestellt ist. Zwar bieten die Naturwissenschaften, die doch einen so erfreulichen und für die volkswirthschaftlichen Fortschritte so segensreichen Aufschwung genommen haben, einen ähnlichen Zustand dar, indem auch in ihnen über wichtige Grundprincipien, wie über die Materie selbst, ob sie atomistisch oder dynamisch aufzufassen sei, über die Einheit oder Verschiedenheit der Naturkräfte u. s. w. sehr entgegengesetzte Ansichten bestehen, und es könnte daher scheinen, als wenn die Pfleger einer Wissenschaft, ohne ängstliche Sorge um die Feststellung der Grundprincipien, nur rüstig nach allen Seiten fortzuschreiten, in Vertheilung der Arbeit den Ausbau der einzelnen Gebiete zu vollführen brauchten und dann ruhig von der möglichst vollständigen Ausbildung der einzelnen Theile die spätere Zusammenfassung und Ausgleichung der verschiedenen Grundbegriffe in einem höchsten Princip abwarten dürften. Allein die Geschichte der Wissenschaften bezeugt, daß ein organisches Gesetz der Wechselwirkung zwischen dem Ganzen und den Theilen, den Grundprincipien und den besonderen Begriffen besteht und daß eine richtige Stellung und Ausbildung der verschiedenen Zweige nur in stetiger Orientirung nach den Grundbegriffen möglich ist. Wird eine solche Orientirung nicht gewonnen, so tritt auf einer gewissen Stufe der Forschung leicht die Gefahr ein, daß der Theil sich als das Ganze geltend macht, von seinem Princip aus alle anderen Gebiete zu bestimmen und zu beherrschen strebt. Ist doch auch unverkennbar in den Naturwissenschaften, in Folge der Unklarheit, in welcher man über die Grundbegriffe der Materie, der Kraft und über das höhere Princip des Lebens geblieben ist, die einseitige Richtung eingetreten, daß man, wie schon einmal im achtzehnten Jahrhundert, nicht blos alle Kräfte auf die Bewegungskraft zurückzuführen, sondern selbst das Leben durch mechanische und chemische Processe erklären zu können glaubt. Aber in noch größerem Maße tritt in der Rechtswissenschaft die Isolirung nach einzelnen Gebieten, römischem und deutschem Rechte, Handelsrechte, Strafrechte recht sichtbar hervor und der Zusammenhang, den das Rechtsprincip zwischen den verschiedenen Theilen des Privatrechts so wie zwischen dem Privatrechte und dem öffentlichen Rechte herzustellen hat, ist wenig oder gar nicht untersucht und erkannt worden. Der gegenwärtige Zustand der Rechtswissenschaft zeigt nur ein, zum Theil großartiges, Bild einer fortgesetzten Ausbreitung nach den einzelnen Seiten und Richtungen, in Anhäufung und Sichtung des historischen Stoffes, in

unermüdlichem Streben, einzelne Begriffe schärfer zu bestimmen. Aber der Mangel gemeinsamer Ausgangs- und Anhaltspunkte in den grundlegenden Principien tritt doch immer sichtbarer hervor und weckt mehr und mehr das Bedürfniß, nicht blos für die einzelnen Disciplinen des Privatrechts zur Construction des gegebenen Rechtsstoffes, sondern auch für die großen Theile des Rechts, für das Privat- und öffentliche Recht gemeinsame leitende Grundprincipien zu gewinnen. Mag auch dieses Bedürfniß bloßen Fachgelehrten, deren Fleiß auf Sammlung, Sichtung und Verarbeitung des Materials in den gegebenen oder angenommenen Grenzen einer Disciplin gerichtet ist, wenig fühlbar werden, so ist doch die Forderung einer tieferen Grundlegung der Wissenschaft um so weniger abzuweisen, als in fast allen Theilen der Rechtswissenschaft die Erkenntniß sich aufdrängt, daß die bisher angenommenen Grundsätze nicht mehr zur vollen Erfassung und richtigen Construction des gegebenen Stoffes ausreichend sind und eine schärfere Bestimmung, Umbildung und Erweiterung der Grundbegriffe selbst als die nothwendige Voraussetzung erscheint.

Der Mangel einer genügenden Begriffsbestimmung tritt uns in allen Hauptmaterien des Privat- und öffentlichen Rechts entgegen. Wenn wir zunächst absehen von der noch keineswegs genügend festgestellten Unterscheidung des Privat- und öffentlichen Rechts, so muß es besonders befremden, daß selbst das Privatrecht, welches im Unterschiede von den noch vielfach schwankenden und im Flusse begriffenen öffentlichen Verhältnissen, auf den festeren Grundlagen der, in der Hauptsache sich gleichbleibenden, Bedürfnisse und Verhältnisse des Sonderlebens sich entwickelt und sich in den Einrichtungen des Besitzes, des Eigenthums, der besonderen Rechte an fremden Sachen, in den verschiedenen Arten der obligatorischen Verhältnisse, der Verträge u. s. w. ausprägt, in allen diesen wichtigen Begriffen noch der wissenschaftlichen Feststellung entbehrt. Daraus erklärt sich denn das fortwährende Schwanken in den wichtigsten, tief in das Leben eingreifenden Begriffen. Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht die Entwickelung der Lehre vom Besitze. Kaum beginnt die Theorie Savigny's, welche so schroff Factum und Recht auseinanderhält, jedes Recht sich nur ganz äußerlich an die Thatsache ansetzen läßt und dem früheren aus germanischer Rechtsanschauung stammenden Besitzbegriff entgegentritt, nach einem Menschenalter in den herangereiften Schülern in die Praxis einzudringen, als dieselbe durch B r u n s (in dem Werke: das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848) in wichtigen Punkten wiederum eine starke Erschütterung erleidet, und Ihering den Besitzbegriff noch in innigere Beziehung zum Rechte setzt, wenn er erklärt, „daß der Besitz seiner ursprünglichen Idee nach nichts anderes als das Eigenthum in der Defensive sei" und den Besitz zu den Rechtsverhältnissen an Sachen stellt. Bei allen diesen Auffassungen des Besitzbegriffes waltet aber noch der große Uebelstand ob, daß alle nur vom Standpunkte des Privatrechts aus aufgestellt sind, keine auf die Besitzverhältnisse in Bezug auf die Staatsgewalt, im Staats- und Völkerrechte, paßt, während die höhere Einheit des Rechtsprincips auch einen gemeinsamen Grundbegriff für beide Gebiete des Besitzes fordert. (S. meine juristische Encyclopädie 1857. S. 638 ff.)

In ähnlicher Weise wie mit dem Besitzbegriffe verhält es sich mit dem Eigenthumsbegriffe. Das Eigenthum wird als die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache bestimmt. Aber selbst wenn man zugeben wollte, daß es die volle rechtliche Herrschaft bezeichnete, was in Rücksicht auf so manche Beschränkungen durch Nießbrauch, Pfandrecht, Litigiosität nicht statthaft ist, so herrscht doch noch Streit über die möglichen Arten des Eigenthums, über Gesammteigenthum, getheiltes Eigenthum, so wie über die Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs, sei es auf blos körperliche, oder auch auf unkörperliche Sachen, und das Autorrecht an Geisteswerken oder das s. g. literarische Eigenthum, der Sprößling

einer neuen durch die Erfindung der mechanischen Vervielfältigung der Geisteswerke hervorgerufenen Culturperiode, erwartet noch immer von der Rechtswissenschaft, durch richtige Einreihung unter die entsprechende Gattung der Rechtsverhältnisse, seinen ehrlichen bürgerlichen Namen. Selbst der Begriff der besonderen dinglichen Rechte an fremden Sachen, wie Servituten u. dgl., muß eine Rückwirkung von dem Mangel einer sicheren Bestimmung des Eigenthumsbegriffs erfahren. Was die Obligationen betrifft, so wollen wir hier absehen von der so streitigen Lehre von der Ausdehnung des Obligationsverhältnisses auf dritte Personen und hier nur die Meinungsverschiedenheit über die Frage hervorheben, auf welche Lebensverhältnisse der so wichtige mit dem Wesen der Freiheitsbethätigung innig zusammenhängende Vertragsbegriff eine Anwendung finden kann, ob blos auf privatrechtliche, insbesondere vermögensrechtliche oder auch auf öffentliche und sittlich rechtliche Verhältnisse. Ist es doch die Unklarheit über diese Fragen, welche Regierungen dahin geführt hat, in einer ganz mißbräuchlichen Anwendung des Vertragsbegriffs, durch Concordate mit der römischen Curie, nicht nur für die Regelung rein öffentlicher Verhältnisse der Kirchengemeinschaft zum Staate sich Fesseln anzulegen, welche die Souveränetät des Staates und der staatlichen Gesetzgebung in einem wesentlichen Theile verletzen, sondern auch in rechtlich=sittlicher Beziehung die Gewissensfreiheit der Bürger einem verwerflichen Gesetzeszwange zu unterstellen. Schon die Römer hatten richtig bestimmt, daß Verträge (oder testamentarische Verfügungen), welche die guten Sitten verletzen oder die rechtlich=sittliche Freiheit aufheben, das Geschäft nichtig machen oder, wie bei den Testamenten, als nicht beigesetzt betrachtet werden sollen. Aber so wie der Einzelne, so ist auch der Staat eine die Volksgemeinschaft repräsentirende Gesammtpersönlichkeit, welche ihr Handeln nach dem rechtlich=sittlichen Gesammtbewußtsein, im Einklange mit der Gewissensfreiheit der Bürger, bestimmen und sich nicht einer, das Lebensprincip des Staates, die Fortbildungsfähigkeit der Verhältnisse nicht anerkennenden kirchlichen Macht unterwerfen darf. Daher sind aber auch die Concordate überhaupt nicht unter das Vertragsprincip zu bringen und ist nicht etwa blos eine Aufhebung oder Abänderung derselben aus dem immerhin etwas bedenklichen Grunde der veränderten Verhältnisse (d. i. nach der s. g. Clausel: rebus sic stantibus) zu fordern, sondern sie sind grundsätzlich als unvereinbar mit den Forderungen des sittlichen Gewissens der Bürger und der fortschreitenden Gesammtbildung zu verwerfen. Hätte die Wissenschaft den Vertragsbegriff selbst nach seinem Gebiete oder Umfang schärfer bestimmt oder abgegrenzt, so würden angesehene Rechtsgelehrte schon aus Achtung vor den Principien ihrer Wissenschaft nicht zu einer mißbräuchlichen Anwendung des Vertragsbegriffs die Hand geboten haben.

Richten wir unsern Blick auf das öffentliche Recht, so zeigt sich, abgesehen von der so auffallenden Thatsache, daß der Unterschied (auf den wir später Nr. III. zurückkommen) zwischen Privat= und öffentlichem Recht noch gar nicht festgestellt ist, ein großes Schwanken bei den wichtigsten Begriffen des öffentlichen Rechts. Nicht nur in der verschiedenen Auffassung des Staates im allgemeinen, des Staatszwecks, des Verhältnisses des Staates zur Gesellschaft oder zu den gesellschaftlichen Culturgebieten, zur Kirche, Schule, zu den wirthschaftlichen Kreisen u. s. w., sondern auch auf dem ganzen Verwaltungsgebiete herrscht noch große Meinungsverschiedenheit über wichtige, tief in das öffentliche Leben eingreifende Fragen, über Abgrenzung der Justiz und Verwaltung, über Verwaltungsjustiz, über Polizei u. s. w. Das Unfertige in den wissenschaftlichen Begriffen erklärt sich hier zum Theil aus der Unfertigkeit unseres ganzen öffentlichen Rechtszustandes, aus der Schwierigkeit, in einer unverkennbaren kritischen Uebergangszeit aus den gewohnten Anschauungen zu neuen Verhältnissen und Principien von noch unberechenbaren Folgen überzugehen. Aber es bleibt doch für die Wissenschaft des öffentlichen Rechts die unerläß=

liche Aufgabe bestehen, hinsichtlich der Grundverhältnisse und Grundgebiete des staatlichen Lebens die Begriffe schärfer zu bestimmen und eine richtige Abgrenzung zu suchen.

So ergibt sich aus dem Zustande der Wissenschaft des Privat= und öffentlichen Rechts für den weiter strebenden Geist, der nicht über dem Einzelnen den Zusammenhang des Ganzen verlieren will, die höhere Forderung, nach den Grundprincipien zu forschen, welche für die besonderen Begriffe und Gebiete maßgebend sind und den Zusammenhang unter ihnen vermitteln. Im Criminalrechte ist zweimal eine Revision der Grundbegriffe (von Feuerbach und von Köstlin) mit erheblichem Nutzen für die Wissenschaft vorgenommen worden. Sicherlich könnte eine in gründlicher Kenntniß des Stoffes und mit philosophischem Geiste durchgeführte Revision der Grundbegriffe zunächst des ganzen Privatrechts eine ebenso läuternde und sichtende, als den Gang in allen Untersuchungen erleichternde und sichernde Arbeit werden. Ein solches Unternehmen müßte freilich in der höheren Ueberzeugung unternommen und durchgeführt werden, daß die ganze rechtlich=sittliche Lebensordnung ebenso von gewissen einfachen Principien beherrscht wird, wie die Naturordnung, und daß gerade durch die Einfachheit der obersten Grundsätze wahre Eleganz in der Construction eines Rechtsverhältnisses und auch die leichteste Lösung verwickelter Fragen gefunden wird. Schon Leibnitz hatte bemerkt, daß die Wissenschaften fortschreiten, indem sie sich vereinfachen (les sciences progressent en se simplifiant). In der Naturwissenschaft hat dieser Satz schon durch die Kopernikus, Kepler und Newton seine volle Bestätigung gefunden. Vor Kopernikus hatte man sich ja so ziemlich mit der irrthümlichen Ptolemäischen Hypothese vermittelst neuer Hülfshypothesen und Fictionen, der Epicyclen u. s. w., in unserem Sonnensysteme zurecht zu finden gewußt, aber gerade die Fictionen, die bei alledem die wirklichen Erscheinungen nicht hinlänglich erklärten, wurden für den höheren Genius des Kopernikus der Anstoß, durch Aenderung des Standpunktes, der Grundansicht ein der großartigen Einfachheit der Himmelsordnung entsprechendes wissenschaftliches, zunächst als Hypothese aufgestelltes, Princip zu gewinnen, welches in seiner Einfachheit alle Erscheinungen vollständig erklärte, durch Galiläi die erfahrungsmäßige Bestätigung, durch die von Kepler entdeckten Gesetze der Planetenbahnen die weitere Ausführung und durch die Newton'sche Entdeckung des Gravitationsgesetzes seinen Abschluß erhielt.

Die Wissenschaft der sittlich=rechtlichen Lebensordnung kann sich solcher fester Grundlagen noch nicht rühmen; das große Drei= oder Vier=Gestirn ist für sie noch nicht aufgegangen. Es ist auch anzuerkennen, daß, während in der Astronomie nur uneigentlich von Störungen die Rede ist (da sie nur den, gleichfalls der Berechnung unterliegenden, wechselseitigen Einfluß der Gestirne bezeichnen), in der rechtlich=sittlichen Ordnung eine in vielfacher Hinsicht wirklich störende Kraft in der Freiheit des Willens hervortritt, durch welche die rechtlich=sittlichen Principien und Gesetze in der wirklichen Gestaltung der menschlichen Lebens= und Rechtsverhältnisse eine mannichfache Ablenkung und Schmälerung erfahren. Während in der Natur die Gesetze sich unmittelbar mit Nothwendigkeit vollziehen, müssen sie in der rechtlich=sittlichen Welt durch die mannichfach brechenden Medien der Erkenntniß und des Willens hindurchgehen. Aber ohngeachtet mancher Mißgestaltung, mancher einseitigen und mangelhaften Durchführung der Principien in den Verhältnissen des Privat= und öffentlichen Rechts, lassen sich die großen reinen Grundzüge des Rechts in allen Materien nachweisen und es ist die Pflicht der Wissenschaft diesen Principien nachzuforschen und dabei sich von der Ueberzeugung leiten zu lassen, daß auch in der Gestaltung der rechtlich=sittlichen Lebensordnung eine höhere Vernunft und Logik waltet, die sich meist unbewußt in instinctivem Vernunft= und Rechtstriebe kund gibt, aber die oberste Lebensmacht ist, die in ihrer ganzen grundsätzlichen Bedeutung begriffen sein will. Setzt

sich aber die Rechtswissenschaft die Aufgabe, die objective Vernunft im Rechtsleben zum Bewußtsein zu bringen, so muß sie zur Lösung derselben vor allem die Grundbedingung erfüllen, daß sie das Leben selbst als eine Wahrheit anerkennt, daß sie keine Annahmen, Sätze aufstellt, die mit der Lebenswahrheit im Widerspruch stehen, daß sie ohne Ausnahme alle Fictionen verbannt, die sie ja selbst sehr richtig bezeichnet als Annahmen von Etwas, was an sich nicht existirt, um rechtliche Folgen daran zu knüpfen, und daß sie überhaupt nicht einseitige Begriffe aufstellt, bei denen sie alsbald wieder Correcturen und Ausnahmen anbringen muß. Möchten hier auch so scharfsinnige Combinationen und Constructionen gemacht werden, daß sie denen Tycho de Brahe's an die Seite gestellt werden könnten, so sind doch alle Fictionen vom nasciturus, der hereditas jacens bis zu der, alle natürliche Ordnung im Rechte umkehrenden, Fiction, welche an die Stelle der Personen Sachen zu Subjecten von Rechtsverhältnissen macht, durch das einfache Urtheil gerichtet, daß sie mit der Lebenswahrheit im Widerspruche stehen und selbst unwahr sind. Kant (metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft) hatte die Fictionen in der Naturwissenschaft als Ruhekissen für die Denkträgheit bezeichnet und auch in der Rechtswissenschaft sind sie als ein Hemmschuh des Weiterschreitens der Wissenschaft zu betrachten, indem sie, so unbedeutend sie an sich sein mögen, in dem Gewissen die Nöthigung nicht aufkommen lassen, nach solchen Begriffen zu forschen, von denen das Rechtsverhältniß unmittelbar getroffen wird. In ähnlicher und fast noch schlimmerer Weise verhält es sich mit den analogen Bestimmungen, den Quasi-Begriffen, an denen besonders das römische Recht so reich ist. So richtig im allgemeinen die römische Jurisprudenz ein Rechtsverhältniß auffaßte und näher bestimmte, so unglücklich war sie häufig in der Bestimmung der Begriffe (worüber sie wohl selbst in dem Satze: omnis definitio in jure periculosa est, das Geständniß ablegte) und der Unterbringung bestimmter oder erst neu eingeführter Rechtsverhältnisse (z. B. der negotiorum gestio) unter richtige höhere Principien und Institute. So verhält es sich mit dem Quasi-Besitz, mit den Quasi-Contracten und Quasi-Delicten; aber gerade diese schiefe, die Sache gar nicht direct treffende Auffassung hat bis auf den heutigen Tag den Meinungsverschiedenheiten jeden Vorschub geleistet. Wer von der Ueberzeugung ausgeht, daß es auch in der Rechtswissenschaft in allen Materien Grundprincipien gibt, durch welche alle wesentlichen Verhältnisse direct getroffen werden und daß das ganze Rechtsleben, wenn auch mehr unbewußt, von einer Vernunft, einer Logik beherrscht wird, die oft „mit einem Schlage tausend Verbindungen schlägt," der muß auch der Wissenschaft die Aufgabe stellen, diesen Principien nachzuforschen und sich auch hier die Naturwissenschaft zum Vorbilde nehmen. Treten auch in der Rechtswissenschaft, als einer ethischen sich allmählig fortbildenden Wissenschaft, keine Kopernikus, Kepler u. s. w. auf, die sofort mit zwingender Nothwendigkeit eine Umgestaltung in den Grundlagen hervorrufen, so bedarf sie doch nach dem vorhin bezeichneten Zustande des Kopernikanischen Geistes, um in der Einheit eines höheren Princips die Harmonie aller Grundnormen des Rechts zu erkennen und den schönen harmonischen Grundbau der sittlich-rechtlichen Lebensordnung zum Bewußtsein zu bringen.

Dieser höhere, auf die Erkenntniß der Principien gerichtete Forschungsgeist ist aber von jeher auf allen wissenschaftlichen Gebieten durch die Philosophie gewahrt worden, welche den idealen Zug des Lebens stets lebendig erhalten hat, die bedeutendste forttreibende und umbildende Culturmacht gewesen ist, im Alterthum als die edelste Blüthe der Bildung erschien, sich mit dem Christenthume verband und zur Zeit der Wiederbelebung des Alterthums die hervorragendste Macht wurde, um den Geist aus den dogmatischen und kirchlichen Fesseln zu befreien und in einer höheren Gott-, Welt- und Lebensanschauung den Geist allgemeiner Humanität zu verbreiten. Diesen höheren Forschungsgeist hat die

Philosophie seit dem griechischen Alterthum auch in der Aufsuchung der höchsten Principien des Rechts- und Staatslebens bewährt; sie ist zwar, wie alles Menschliche, das dem allgemeinen Entwickelungsprocesse unterliegt, in ihren allgemeinen und in ihren rechtsphilosophischen Forschungen, durch Verfolgung einseitiger Methoden und Gesichtspunkte, auf manche Abwege gerathen, aber man wird doch einen gesetzmäßigen Gang der Entwickelung in der tieferen Begründung und allseitigen Erfassung der Wahrheit erkennen, und mag es auch immer beschränkte Geister geben, die den Wald vor lauter Bäumen, vor der Masse der philosophischen und rechtsphilosophischen Systeme den Entwickelungsgang der in ihnen sich immer vollständiger ausbildenden Wahrheit nicht erkennen, so läßt sich doch nachweisen, daß jeder Standpunkt, von dem ein bedeutenderes System in der Betrachtung des Rechts- und Staatslebens ausgegangen ist, eine neue mehr oder minder wichtige Seite des Rechtsprincips zum besseren Verständniß gebracht hat. Ein kurzer geschichtlicher Ueberblick über die Hauptepochen und die vornehmsten Systeme der Rechtsphilosophie wird diese Behauptung bestätigen und, bei einer angemessenen Orientirung über die Hauptprobleme der Rechts- und Staatswissenschaft, auch den gegenwärtigen Standpunkt klarer bezeichnen, von welchem aus wir hier die Grundzüge der Rechts- und Staatswissenschaft philosophisch zu entwickeln haben.

2. Geschichtlicher Ueberblick über die philosophische Entwickelung der Rechts- und Staatsidee im Zusammenhange mit der allgemeinen Culturentwickelung.

Eine der fruchtbarsten Errungenschaften der neueren Zeit ist unstreitig die in alle praktischen Wissenschaften mehr und mehr eindringende Erkenntniß, daß alle menschlichen Lebensgebiete im organischen Zusammenhange stehen, ein großes Culturganzes bilden, in welchem alle Theile sich wechselbestimmen, ein Gebiet zwar nach seiner Natur oder nach dem Gesetze der fortschreitenden Entwickelung während einer bestimmten Zeit eine hervorragende Stellung einnehmen und eine größere Herrschaft ausüben, sich aber nie den mitbestimmenden Einflüssen der übrigen Gebiete entziehen kann. Es ist der Begriff des Organismus, welcher, wenn auch oft noch zu unbestimmt aufgefaßt, zu einer tieferen und weiteren Anschauung der praktischen Lebensgebiete geführt hat. In der Naturwissenschaft hatte gegen Ende des 18. Jahrhunderts G. Forster zuerst den ebenso einfachen als wahren Satz ausgesprochen, daß die Natur ein Ganzes, nicht wie die zu seiner Zeit (und jetzt wiederum) herrschende, mechanische Naturauffassung annahm, eine bloße Summe äußerlich an einander gelegter Bestandtheile und Gebiete sei; es bleibt aber das vornehmste Verdienst Schellings, in seiner hier nicht näher zu würdigenden Naturphilosophie, den Begriff des Organismus tiefer entwickelt und ihm, in Folge der Erfassung der geistig-sittlichen Welt als Gegenbildes zur Natur, den Eingang in alle praktischen Wissenschaften verschafft zu haben. Es soll dabei nicht verkannt werden, daß die längere Zeit weit verbreitete, naturphilosophische Schule Schellings in den Irrthum verfiel, den von der Freiheit getragenen Organismus der sittlichen Welt zu sehr mit dem von der Nothwendigkeit beherrschten Naturorganismus, ohne genauere Hervorhebung der Unterschiede, zu parallelisiren und sogar zu identificiren und eine ungerechte Reaction gegen alle von der Kantischen und Fichteschen Schule mächtig angeregten Freiheitsbestrebungen hervorzurufen; die Zeit liegt ja noch nicht fern, wo man die organische Entwickelung des Rechts- und Staatslebens als eine „naturwüchsige“ hinzustellen beliebte und den edlen, in bewußter Arbeit und unter manchen harten Kämpfen sich vollziehenden, freien Geisteswuchs

und Fortschritt verkannte und verdammte. Aber so wie Männer, wie W. von Humboldt, den Begriff des Organismus in der Lehre vom Ursprunge und Bau der Sprache richtig zu verwerthen wußten, so hat dieser Begriff auch in anderen Wissenschaften immer mehr eine geläuterte Anwendung erhalten, und es lag in der Natur der Sache, daß die Wissenschaften des Rechts-, Staats- und Gesellschaftslebens diesem Begriffe am frühesten zugänglich werden mußten. So war es ja die historische Schule, welche in ihrem vornehmsten Vertreter, Savigny, vorzugsweise nach Analogie der Sprache, den Ursprung und die Fortbildung des Rechts auffaßte und darauf hinwies, daß das Recht nur eine Seite des Volkslebens bilde und mit allen anderen Seiten in inniger Wechselwirkung bleibe, und in ähnlicher Weise hat neuerdings Roscher, der den großen Strom seines historischen Wissens in die Nationalökonomie leitete, um dieselbe in ihren Wechselbeziehungen mit der gesammten Culturentwickelung zu begreifen, daran erinnert, daß man „bei der geringsten einzelnen Handlung der Volkswirthschaftspflege immer das Ganze, nicht blos der Volkswirthschaft, sondern des Volkslebens vor Augen haben möge." Kein Denker der neueren Zeit hat aber wohl, in scharfer Bestimmung des Begriffs des Organismus, eine so durchgebildete Anwendung von demselben gemacht, wie Krause, dessen ganzes System sich nach dieser wichtigen Seite als das organische System der Philosophie bezeichnen läßt und dessen Grundprincipien auch uns hier als Richtschnur dienen werden.

Das organische Verhältniß des Rechts- und Staatslebens zum gesammten Culturleben wird zunächst durch die Wahrnehmung bestimmt, daß, im allgemeinen, Recht und Staat nicht die schöpferischen, causalen Mächte des Volkslebens, sondern vorzugsweise ein Product aller religiösen, sittlichen und wirthschaftlichen Elemente und Kräfte, ein Niederschlag aus dieser höheren Atmosphäre sind, daß sie nicht die Seele, sondern die Form und Gestalt, den Körper des Volkslebens bilden, und daß demnach auch die Rechts- und Staatsentwickelung, so wie die Geschichte der philosophischen Ideen von Recht und Staat nur im Zusammenhange mit der gesammten Culturentwickelung das richtige Verständniß erhalten können. Jede tiefere geschichtliche Forschung läßt auch in voller Klarheit erkennen, daß es Ein Geist ist, welcher in einer bestimmten Epoche alle Lebensgebiete eines Volkes von den höchsten Regionen oft bis ins kleinste Gebilde in ähnlicher Art durchdringt, wie in der Natur an dem geringsten Theile eines organischen Wesens noch der Typus des Ganzen, der Gattung, der Art, dem es angehört, erkannt werden kann. Aber der philosophische Blick, der sich über die einzelnen Völker und ihre Entwickelungsstufen zur Menschheit erhebt und in die innersten Triebfedern, in die gestaltenden und umbildenden Kräfte einzudringen strebt, wird auch die höhere Wahrnehmung machen, daß die großen Zeitalter und Perioden durch gewisse Grundprincipien, durch vorherrschende Gott-, Welt- und Lebensanschauungen charakterisirt sind, welche der Geschichtsforscher im innersten Kern zu erfassen suchen muß.

Betrachten wir den Culturproceß der Menschheit an und für sich selbst und in der Art und Weise, wie er sich in der besonderen Entwickelung des Rechts und des Staates wiederspiegelt, so kann derselbe nur nach dem Ziele richtig gewürdigt werden, dem die Menschheit in allen ihren Gliedern und mit allen ihren theils unbewußt, theils bewußt wirkenden Kräften zustrebt. So wie alles Leben die Darbildung und Ausgestaltung eines Wesens nach allen in ihm liegenden Kräften, nach allen Seiten und Verhältnissen ist, so strebt auch das Leben der Menschheit, welche, in den Mittelpunkt der Schöpfung gestellt, alle wesentlichen Kräfte der natürlichen und geistigen Ordnung in sich vereinigt, in fortschreitender Entwickelung ihrer Anlagen und Kräfte, in der allmähligen Ausbildung aller geistigen, sittlichen, religiösen und wirthschaftlichen Güter, in steter Erweiterung der Herrschaft über die Natur, so wie in einer mehr und mehr nach den Grundsätzen der

Humanität und der Gerechtigkeit geregelten Staats- und Gesellschaftsordnung, das Menschheitsideal zu immer vollständigerer Verwirklichung zu bringen. Dieser ganze Culturproceß der Menschheit in allen ihren Gliedern, Rassen, Stämmen, Völkern vollzieht sich nach gewissen, hier nicht näher zu erörternden Gesetzen (S. unsere Rechtsphilosophie von 1869 S. 18 ff.) in drei großen Weltaltern und untergeordneten Perioden und Epochen, kann aber im allgemeinen dahin charakterisirt werden, daß ein erstes Zeitalter, das orientalische, durch die Gebundenheit des Lebens und aller Lebensverhältnisse, durch die Herrschaft der in der Idee des Unendlichen und Absoluten wurzelnden religiösen und theokratischen Mächte gekennzeichnet ist, welche die Gesellschaftsordnung auf unverrückbaren, geoffenbarten und Naturgrundlagen zu fixiren streben; in einem zweiten Zeitalter, im classischen Alterthume, wird dagegen das Natur- und Menschenleben in seiner lichten Schönheit, seinem eigenen Rechte und seiner selbstständigen Kraft begriffen; an die Stelle des Gefühls der festen, durch eine höhere Macht auferlegten, Ordnung tritt das Bewußtsein einer in Freiheit selbst zu gestaltenden menschlichen Ordnung und, während im Oriente alles Endliche nur als Symbol in Beziehung zum Unendlichen erscheint, wird hier das Endliche auf sich selbst gestellt; allein das Staatswesen verfällt bei fortschreitender Schwächung der idealen, religiösen und sittlichen Lebenskraft, und geht in Rom, bei größter Ausbreitung der äußeren Herrschaft, in geistiger Ohnmacht zu Grunde. In einem dritten Zeitalter wird durch das Christenthum, von der freien Persönlichkeit aus, das menschliche Leben, durch das Band des Glaubens und der Liebe wieder in innige Beziehung zu Gott und dem Göttlichen gesetzt, Geist und Freiheit aus einer göttlichen Quelle abgeleitet („von dem der Geist kommt, von dem kommt die Freiheit“) und die Freiheit erhält in der Gestaltung und Bewegung der menschlichen Ordnung eine Richtschnur und Grenze in den ewigen sittlichen Gesetzen. Das Christenthum unterliegt aber, wie alles, was menschlich ist oder eine menschliche Seite hat, den allgemeinen Entwickelungsgesetzen, spiegelt die großen Zeiträume in verschiedenen Perioden wieder, läßt im Mittelalter eine dem Oriente verwandte theokratisch-hierarchische Richtung hervortreten, welche die Kirche als den Kernpunkt und die herrschende Macht aufstellt, dem ganzen Leben eine Richtung auf das Jenseits gibt, wogegen in der neuen Zeit seit der Wiederbelebung des classischen Alterthums und der Reformation, nach dem Bruche der kirchlichen Ordnung, der Staat, ähnlich wie im Alterthume, als die einheitliche Macht der ganzen Gesellschaftsordnung in den Vordergrund der Bewegung tritt und sich alle anderen Lebensgebiete zu unterwerfen strebt; in einer dritten Periode aber, in welche die Entwickelung jetzt eintritt, wird, in beginnender, wenn auch noch mannichfach unklarer, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, eine größere Freiheit und Selbstverwaltung für alle gesellschaftlichen Lebens- und Culturkreise verlangt, und die Aufgabe überhaupt muß dahin gehen, unter der schützenden, regelnden und fördernden Rechtsmacht des Staates eine für alle göttlich-menschlichen Zwecke, für alle Arten der Culturarbeit gegliederte und organisirte, gesellschaftliche Culturordnung zu schaffen, welche jedes Volk nach seinem Charakter zu einer eigenartigen Culturharmonie zu gestalten hat.

Noch von einem anderen allgemeinen wichtigen Gesichtspunkte kann die ganze geschichtliche Staats- und Culturentwickelung aufgefaßt werden. Sie beginnt im Orient mit großen Reichen, zieht sich im classischen Alterthume, in intensiverer Kraft, zu Stadt-Staaten zusammen, gewinnt in Griechenland eine reiche, schöne, humane Gestaltung, sucht in Rom sich wieder von der Stadt aus zu einem Weltreiche auszudehnen; mit dem Christenthume beginnt jedoch die sittliche Wiedergeburt und die Umbildung aller gesellschaftlichen Ordnung durch die, in ihrer göttlichen Kraft und Bestimmung sich erfassende, Persönlichkeit und durch die Versittlichung des Familienlebens, erhält ihre vornehmsten Träger in den das römische Reich zersetzenden und

umbildenden Germanen, welche durch ihre tiefere Auffassung der Persönlichkeit und der reineren Gestaltung des Familienlebens, dem christlichen Geiste näher verwandt sind und der antiken Bildung von Stadt-Staaten und ihrer sittlichen Verpestung größere, von der kräftigenden Landluft und frischer Arbeitskraft getragene, Agricultur-Staaten entgegenstellen; seit dem Christenthume stellt sich aber für alle Völker die Aufgabe, selbst wenn sie nie vollständig erreicht werden sollte, in ihrem Innern ein Reich voll-menschlicher, alle Lebens- und Gesellschaftskreise hebender Cultur auszubilden und in einer, wenn auch sehr langsamen, föderativen Einigung, immer höhere Stufen der Völkerverbindung zu einem Culturreiche der Menschheit auf Erden zu gründen.

Recht und Staat in der praktischen Gestaltung, so wie die Rechts- und Staatsideen in der philosophischen Wissenschaft, haben sich unter dem Einflusse der allgemeinen Culturentwickelung gebildet. Unsere Aufgabe geht hier nur dahin, die rechtsphilosophische Entwickelung in ihren Grundzügen und zwar nur für den wichtigsten Zeitraum seit dem Ausgange des Mittelalters darzulegen. Aber wir müssen doch darauf hinweisen, daß die praktische Gestaltung des Rechts- und Staatslebens und die philosophischen Ideen, welche darüber aufgestellt werden, aus Einer Quelle, aus dem Geiste eines Volkes oder aus dem, das geistige Leben vieler Völker zuoberst beherrschenden, Geiste eines ganzen Zeitraumes hervorgehen, und daß die philosophischen Theorien vielfach nur die zum Bewußtsein gelangende Wiederspiegelung dieses allgemeinen Volks- und Zeitgeistes sind. Obwohl man in neuerer Zeit das Volksbewußtsein öfter als die Grundquelle des Rechts bezeichnet hat, so ist mit diesem Satze doch wenig Ernst gemacht worden und das Bewußtsein selbst nicht auf den tieferen Grund des auch oft unbewußt sich bethätigenden Volksgeistes und Volkscharakters zurückgeführt worden. Die Rechtsphilosophie muß aber auf diese tieferen Quellen hinweisen, und da wir hier nur die rechtsphilosophische Entwickelung der neueren Zeit darzulegen haben, so mag es uns gestattet sein, wenigstens die wichtigsten aus dem Volksgeiste hervorgegangenen praktischen Gestaltungen der Rechts- und Staatsidee kurz anzudeuten.

Vier Grundanschauungen des Rechts sind bis jetzt von den vornehmsten Culturvölkern in ihrem Rechts- und Staatsleben ausgeprägt worden, die Auffassung des Rechts als eines Bandes oder Bundes im Orient bei den arischen Indern und den semitischen Israeliten, als eines harmonisirenden Ordnungsprincips bei den Griechen, als eines Macht- und Herrschaftprincips bei den Römern, als einer Norm, welche für alle, auf dem Grundstamme der Persönlichkeit in der gegliederten Gemeinschaft sich bildenden, Lebenskreise den Schutz regelt, bei den Germanen. In allen vier Auffassungen, denen eine, noch nicht hinlänglich ausgebildete, slavische Auffassung, mit einer gewissen Vorherrschaft des Princips der Gemeinschaft über dem des Individuums und der Persönlichkeit hinzugefügt werden könnte, ist eine wesentliche Seite des Rechtsprincips zur Geltung gekommen, und sie müssen auch in einem höheren menschlichen Culturleben zu einem vollen, von jedem Volke eigenartig in dem Vorwalten des einen oder anderen Charakterzuges durchgeführten, Culturbegriffe des Rechts vereinigt werden.

Der Charakter des orientalischen Zeitalters, in welchem alle Lebensverhältnisse und Einrichtungen auf göttliche Satzung zurückgeführt werden, ist, nach der rechtlichen Seite, am einfachsten und prägnantesten von dem vornehmsten Culturvolke der Inder in der Auffassung des Rechts als eines Bandes ausgedrückt, und vom Kastensystem an bis zu einer ins Einzelnste gehenden Regelung ist auch bei diesem Volke eine solche Gebundenheit aller Verhältnisse eingetreten, daß fast bis auf den heutigen Tag die ganze Lebensbewegung in allen Nerven unterbunden geblieben ist. Bemerkenswerth ist, daß das lateinische jus

über dessen Ableitung man so lange im Unklaren geblieben, durch die vergleichende Sprachforschung (Pott) auf die altindische (Sanscrit-) Wurzel ju, verbinden, Band, zurückgeführt worden ist und daraus sich auch leicht (wie Ihering, Geist des röm. Rechts, — vgl. unsere juristische Encyclopädie S. 33, — zuerst bemerkt) die lateinischen Wörter conjungere, jugum, conjugium erklären. — Ein sehr abgeschwächtes Seitenstück zu dem indischen Gesetzbuche Manus, aber auch noch tief in alle Lebensverhältnisse eingreifend, bildet die Gesetzgebung Mose's, in welcher der mehr in einem kräftigeren Bewußtsein der Persönlichkeit aufgefaßte Bund mit Gott zu einer, auch in den Eigenthumsverhältnissen ausgedrückten, großen Festigung aller Verhältnisse führte.

In Griechenland (S. unsern Art.: Hellenische Staatsidee im „Staatswörterbuche") wurde der Staat als eine, der schönen Weltordnung (Kosmos) nachzubildende, von der Freiheit getragene Lebensordnung aufgefaßt. Wenn Aristoteles die Kunst als eine (freie) Nachahmung der Natur bestimmte, so gilt das in noch höherer Art vom griechischen Lebens-Kunstwerke des Staats; und so wie der Künstler vom Ganzen in die Theile geht und diese nach dem Grundcharakter des Ganzen bestimmt, so ist auch in der griechischen Staatsordnung der Charakter des Ganzen, das die Gemeinschaft ordnende öffentliche Recht vorherrschend, trifft auch zum Wohl des Ganzen viele tief in die persönlichen Verhältnisse eingreifende Bestimmungen (die Solonische Schuldabschüttelung und Abschaffung der Schuldhaft u. dgl.) und hält überhaupt innigere Beziehungen des Einzelnen zum Gemeinwesen aufrecht. Während aber die, bald nach Solon beginnende stärkere, demokratische Bewegung die sittlich-rechtliche Ordnung mehr und mehr in demokratische Willkürherrschaft verkehrte, erhob sich in berechtigter Gegenwirkung die Philosophie, um auf die höheren sittlichen Ordnungsprincipien hinzuweisen. Schon Pythagoras strebte durch mehr formell mathematische Principien eine neue Ordnung zu schaffen und in seinem Bunde eine Pflanzstätte und Bildungsschule für den sittlichen Wiederaufbau des verfallenen Staatslebens in Großgriechenland zu gründen. Am tiefsten faßte aber Platon das Recht selbst als ein harmonisirendes Ordnungsprincip auf, sowohl für das innere Individualleben als das Gesammtleben. Der Einzelmensch selbst ist nach ihm ein kleiner Staat, der Urstaat, und der große Staat der Mensch im Großen. Die Gerechtigkeit hat ihre Wurzel und ihr erstes Gebiet im Leben der Einzelpersönlichkeit; sie ist die Tugend, welche alle Seelenkräfte und alle anderen Tugenden in das rechte Verhältniß zu einander setzt, jedem Theile den ihm zukommenden Wirkungskreis anweist, und von allen anderen ihm zukommen läßt, was ihm gebührt, kurz alle Kraft, Thätigkeit und Tugend im Ganzen harmonisch ordnet; in gleicher Weise hat die Gerechtigkeit im Staate, in welchem sich das beseelte Bildungsleben nach dem Vorbilde der Tugenden der Einzelseele in Berufsständen gliedert, alles in der richtigen Stellung und Wirksamkeit zu erhalten und eine, für die Ausbildung alles Göttlich-Menschlichen wohlgeordnete, Vernunftherrschaft zu begründen. — Nach einer mehr der Realität zugewandten Seite wird von Aristoteles für den Staat die erste organische Auffassung gewonnen. Aristoteles, ein gleich großer Kenner des Naturlebens wie des Menschenlebens, hatte den Begriff des Organischen der Natur abgelauscht, indem er erkannte, daß alle Entwickelung von einem, durch eine immanente Idee bestimmten, Ganzen ausgeht, welches sich dann in Theile gliedert und sie verknüpft, aber vor und über den Theilen ist (τὸ ὅλον πρότερον τῶν μερῶν). In Anwendung dieses Begriffs auf den Staat faßte er diesen als ein durch eine Idee bestimmtes Ganzes auf, welches nicht durch eine Aggregirung der Theile, durch Vertrag (wie der Sophist Lykophron gesagt hatte) gebildet, sondern über ihnen besteht, alle Generationen verknüpft, von der Familie aus durch Geschlechter und Ortschaften gegründet und durch das Recht für das Wohl (εὖ ζῆν) Aller geregelt wird. — Der Stoicismus durchbrach in seinem aus einem naturalistischen Pantheismus

abgeleiteten Gleichheitsprincip, durch welches die Sclaverei verdammt wurde und auch kosmopolitisch alle Völker als gleiche Glieder des menschlichen Geschlechts erschienen, das antike Staatswesen und wurde seinerseits von dieser Richtung aus eine Hinüberleitung in den höheren Humanismus des Christenthums.

Das römische Volk hat Recht und Staat auf die tiefste Grundkraft der menschlichen Persönlichkeit, auf den Willen gestellt, als Macht= und Herrschaftsprincip in der Herrschaftsordnung begriffen (S. unseren Art. „Römische Staatsidee" im „Staatswörterbuche"). Nach der meisterhaften Entwickelung, welche Ihering (Geist des römischen Rechts) im Anschluß an eine einfache, aber das innerste Moment des römischen Geistes treffende, Auffassung Hegels (Philosophie der Geschichte S. 340) von diesem Grundcharakter und den innersten Motiven der römischen Rechts= und Staatsordnung gegeben hat, brauchen wir hinsichtlich des Princips in keine andere Erörterung einzugehen, glauben aber von rechtsphilosophischem Standpunkte aus (S. auch den Art. a. a. O.) auch hier einige Bemerkungen über die praktisch=rechtliche Bedeutung desselben machen zu sollen. — Der Wille, welcher bei dem Römer gewissermaßen die Wiederspiegelung seines geistigen Antlitzes wird (vultus, velle), ist das praktische Causalitätsvermögen, in welchem sich die ganze Person, das Ich, in der bestimmenden Einheit ihres Wesens, hineinlegt. Im Subjecte ist der Wille einheitliche Willensmacht, ist ganz, untheilbar. Tritt nun im Rechtsgebiete das Subject mit seinem Willen in Beziehung zu einem Object, so wird der erste Gedanke sein, dieses Object gleichfalls in seiner Totalität ungetheilt der Willensherrschaft zu unterwerfen. Und diese Auffassung muß um so entschiedener hervortreten, als die Selbstsucht das Subject ergriffen hat, wie dies im römischen Volksgeiste lag, den Ihering auch nach dieser Seite so vortrefflich geschildert hat. Eine andere Behandlung war nur möglich, wenn, im Zurücktreten des subjectiven Gesichtspunktes, das Object an sich selbst, nach der Möglichkeit verschiedener Zwecke aufgefaßt und darnach, wie z. B. im germanischen getheilten Eigenthume eine Theilung nicht nach ideellen Quoten, sondern ideell qualitativ nach den verschiedenen Functionen und Zwecken gemacht, oder wenn die Einheit überhaupt, wie bei politischen Functionen, in den objectiven Zweck und nicht in den bloßen Willen gesetzt wurde. Das römische Recht ist aber im Privat= und öffentlichen Rechte gleichmäßig in einem Gusse von dem Princip der, in der ganzen Willensmacht sich wiederspiegelnden, Subjectivität durchdrungen, und daraus erklärt sich im öffentlichen Rechte die merkwürdige Erscheinung, daß die als Einheit gedachte Herrschaftsgewalt auch bei den Consuln nicht getheilt war, ein Jeder sie ganz ausübte und nur in der Ausübung derselben durch das veto seines Collegen gehemmt wurde. Im Privatrechte werden dadurch der ungetheilte Besitz (obwohl man doch durch die Verhältnisse genöthigt war, an einem und demselben Gegenstand, für verschiedene Zwecke, einer Person den Interdictenbesitz, einer anderen den Usucapionsbesitz einzuräumen), und ebenso das ungetheilte Eigenthum, sowie die römisch=rechtliche Gesellschaft, societas, begreiflich, welche als eine Vereinigung mehrerer, durch kein im Zwecke gelegenes festes Band verknüpfter, individueller Willenskräfte stets mit dem Auseinanderfallen bedroht war. Ohne weiter in Einzelnes einzugehen, wollen wir nur darauf hinweisen, daß die Einheitsrichtung in der Willensherrschaft im öffentlichen Rechte nothwendig zur Concentration der Macht im imperatorischen Absolutismus, und im Privatrecht zu einer immer größeren Concentration des Vermögens führen mußte. Aber, bei der gleichmäßigen Steigerung der Vermögensgier und der äußeren Herrschaftsgewalt und bei der Zerrüttung alles sittlichen Lebens, verfiel dieser römische Herrschaftsstaat zuletzt in solche geistige und sittliche Ohnmacht, daß der Heilsproceß, den das Christenthum einleitete, gar nicht mehr die nothwendige Aneignungskraft vorfand und die Vorsehung durch sittlich ungeschwächte, wenn auch ungebildete Völker die Auflösung des römischen Reiches vollziehen

und eine neue religiöse und sittlich-rechtliche Lebensordnung herbeiführen lassen mußte. Das Römerthum hatte nur den Herrschaftsrahmen geschaffen, in welchem das Christenthum, bei gesichertem Verkehr, eine leichtere Ausbreitung finden und zugleich den Beweis liefern sollte, daß eine ideale, in den höchsten göttlichen Lebenswahrheiten wurzelnde Macht, so ärmlich sie äußerlich erscheinen möge, über alle blos menschliche Macht und Herrschaft den Sieg davonträgt.

Eine wesentlich unterschiedene Rechts- und Staatsanschauung ist von den Germanen in ihrer, wenn auch zum Theil durch das Eindringen des römischen Rechts gestörten, völkerschaftlichen Entwickelung begründet worden. Es ist hier nicht der Ort, in den Streit über den Unterschied des römischen und germanischen Rechts einzugehen. Wir haben anderwärts versucht (juristische Encyclopädie S. 518—545) den Grundcharakter des germanischen Rechts an sich und in seinem Unterschiede vom römischen Rechte hervorzuheben. Wer aber nicht das römische Volk als das Offenbarungsvolk des Rechts betrachtet und nicht den so beliebten Satz, daß das Recht seine Quelle im Volksbewußtsein oder besser im Volksgeiste habe, als schön klingende Phrase, sondern ernstlich nimmt, wird schon aus diesem Grunde einen ähnlichen Unterschied zwischen dem germanischen und römischen Rechte wie zwischen dem Genius des germanischen und römischen Volkes annehmen müssen. Der charakteristische Unterschied liegt aber darin, daß das germanische Rechts- und Staatsleben auf der Grundlage der freien Persönlichkeit durch das Princip des Schutzes (Mundium) in der untergeordneten und abgestuften Gliederung aller Lebensverhältnisse geregelt ist. Man hat vielfach griechisches und römisches Leben wie Organismus und Mechanismus unterschieden. Man kann dasselbe von germanischer und römischer Rechts- und Staatsverfassung sagen. Zwischen griechischer und germanischer Anschauung besteht jedoch der Unterschied, daß während in Griechenland der Schwerpunkt mehr im Ganzen über den Gliedern liegt, bei den Germanen der Schwerpunkt in die Glieder und die Gliederung fällt und das Ganze, das Gemeinsame, die gemeinsame Staatsgewalt, zu schwach gehalten wird. Schon im Schutzprincip (mag auch das mundium sprachlich mit manus verwandt sein) liegt die Hinweisung auf das Selbst („Selbst ist der Mann"), auf die Persönlichkeit, das Selbsthandeln als das Prius, zu dem der Schutz durch ein höheres Ganzes nur in den Fällen, wo die Selbsthülfe nicht ausreicht oder nicht stattfinden soll, ergänzend hinzutritt. Das Recht ergreift daher nicht, wie bei dem Römer die Persönlichkeit, in ihrer innersten Willenskraft, und tritt nicht herrschend den Persönlichkeiten gegenüber auf, sondern es zeigt sich nur als eine schützende Function, und der Staat ist die große schützende und schirmende Ordnung in der selbstständigen Bewegung aller Lebensgebiete, wie sie besonders in Karls d. Gr. Reichsordnung aufgefaßt und durchgeführt wurde. Dieser Schutzbegriff realisirt sich aber in einer reichen Gliederung der verschiedenen Lebens- und Berufskreise, in einer abgestuften Gliederung der Familien, Gemeinden, Provinzen, Länder bis zum Reiche, sowie in einer, der kirchlichen Hierarchie ähnlichen, abgestuften Lehnsordnung und nicht minder in den Ständen, Corporationen, Innungen und Zünften. Die einzelnen Glieder streben sich als kleine Staaten zu organisiren, das Ganze möglichst in den Theil aufgehen zu lassen, so daß auch der mittelalterliche Mensch fast in dem Stande untergeht, wie der Indier in der Kaste, Grieche und Römer im Staate. So allgemein dieses germanische Princip der Gliederung für die verschiedenen Lebenskreise anerkannt ist, so hat man doch noch nicht bemerkt, daß das Princip der Gliederung auch für die Rechtsverhältnisse selbst nach Personen und Sachen in Bezug auf verschiedene Functionen und Zwecke zur Anwendung gelangt ist. Während das römische Recht die Rechtsverhältnisse in der Einheit des subjectiven Willens

einer physischen oder juristischen Person nach der Totalität eines Gegenstandes concentrirt zusammenhält, hat der, die Lebensverhältnisse mehr objectiv nach ihrem inneren Zwecke auffassende, deutsche Rechtssinn ebenso verschiedenartige Rechtsverhältnisse an einem und demselben Objecte zugelassen, als verschiedenartige Functionen und Zwecke an demselben bleibend ausgeübt werden können. Daraus allein erklärt sich das s. g. getheilte Eigenthum in den verschiedenen Formen. Wir haben dasselbe (juristische Encyclopädie S. 680) ein ideell qualitativ getheiltes Eigenthum genannt und auch Heydemann (Einleitung in das Pr. Civil-R. B. 1. S. 40) bezeichnet es als eine qualitative Theilung. Man darf jedoch an keine Theilung der Befugnisse denken (wie Walter meint, Deutsches Pr. R. §. 132), da die den Inhalt des Eigenthums bildenden Befugnisse nicht getheilt werden können, ohne den Begriff selbst zu zerstören, die wesentlichen Eigenthumsbefugnisse vielmehr dem Ober- wie Untereigenthümer, in Bezug auf die Totalität des Objects zustehen, an dem jedoch, jedesmal nach seiner Ganzheit, zu verschiedenen bleibenden Zwecken, dem Einen mehr für die ökonomische Benutzung, dem Anderen mehr zur Wahrung des social-politischen Abhängigkeits- und Herrschaftsverhältnisses, ein bleibendes Recht eingeräumt wird. In ähnlicher, aber in höherer organischer Weise verhält es sich mit dem Gesammteigenthume, wo, in verschiedenen Formen, sowohl die Gesammtheit als ideelles Ganzes berechtigt ist, als auch die einzelnen Glieder ein wirkliches Eigenthumsrecht an dem Objecte besitzen. Es würde kaum der Mühe werth sein, über das getheilte Eigenthum viel zu streiten, da die moderne ökonomische Gestaltung dasselbe hat verschwinden lassen und auch nach unserer Ansicht kein Bedürfniß vorliegt, es, etwa für Erbpacht, wieder entstehen zu lassen. Aber es handelt sich um ein wichtiges Princip, das in der höheren Gestaltung des Gesammteigenthumes noch eine großartige und segensvolle Ausführung auf dem ökonomischen Gebiete finden kann, wo wichtige Formen der Handels- und Gewerbsgesellschaften weder nach dem römisch-rechtlichen Begriffe der juristischen Person (wo denn z. B. die Actionäre als bloße Gläubiger erschienen) noch nach dem der societas zu construiren sind, sondern nur nach dem, in der Ausführung mannichfacher Modalitäten fähigen, Gesammteigenthum in einer, gleichfalls mancher Modification fähigen, Genossenschaft richtig begriffen und behandelt werden können. Ueberhaupt müssen wir hier mit aller Entschiedenheit unsere, auf den Unterschied des germanischen und römischen Volksgeistes gestützte, Ueberzeugung aussprechen, daß die römischen Rechtskategorien der Willensmacht, der Einheit, der atomistisch aggregirten Mehrheit gänzlich unzureichend sind, um die germanischen Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute zu erfassen, daß der germanische Rechtsgeist in viel reicheren und tieferen Lebenskategorien das Recht gestaltet hat, daß, abgesehen von der größeren Beachtung mehr formeller Momente wie der eventuellen Möglichkeit und Wirklichkeit (wie bei mehreren Arten des Gesammteigenthums), die Kategorie der Gliederung, noch mehr die des Organismus als eines alle Glieder, bei Wahrung ihrer Eigenberechtigung, zur Vollführung eines Gesammtzwecks, verknüpfenden Ganzen, ein viel wichtigerer Lebens- und Rechtsbegriff ist, als die Begriffe der Einheit, der Willensmacht u. s. w. und daß dadurch allein die wichtigsten germanischen Rechtsverhältnisse und Institute in ihren tieferen Motiven und in ihrer inneren, nach den Zwecken und Functionen bestimmten, Gliederung begriffen werden. Welchen Scharfsinn man auch anwenden möge, um deutsch-rechtliche Verhältnisse unter römische Formeln zu bringen, so wird man doch bei unbefangener Prüfung wahrnehmen, daß stets ein Rest, ein Incommensurabeles oder Irrationales übrig bleibt, das durch jene Formeln nicht gedeckt wird, weil man den rechten Maßstab, die rechte ratio nicht zur Anwendung gebracht hat, so daß man sich immer genöthigt sieht, Correcturen anzubringen, Inconsequenzen da anzunehmen, wo nur das einseitige, theilweis wahre Princip sich nicht consequent durchführen läßt. Hierbei haben wir ein anderes Moment von höchster

Wichtigkeit noch gar nicht in Anschlag gebracht, daß nämlich das römische Volk kein Arbeitsvolk war, deswegen auch sein Recht im wesentlichen gar kein Arbeitsrecht, sondern nur ein Vermögens- und Vermögensverkehrsrecht war, daß dagegen die Germanen als Agriculturvolk auftreten, es vorwaltend blieben, die, auch durch das Christenthum geweihte, Arbeit in Ehren hielten, und ein durch die Lage der Verhältnisse bedingtes Agriculturrecht, Lehnrecht, Gewerberecht ausbildeten, welches ebenso wenig wie das, nicht als ein Eigenthum, sondern als ein Arbeitsrecht aufzufassende, Autorrecht, nach einer römisch-rechtlichen Schablone in seinem wahren Wesen begriffen werden kann. Wir bedürfen aber für unser gesammtes Culturleben und insbesondere für die wirthschaftliche Arbeit, nicht nur im Gewerbe, sondern auch im Ackerbau, eines Arbeitsrechtes, das nicht nach einigen formalistischen Sätzen zu construiren ist, sondern welches, in genauer Kenntniß des wirthschaftlichen Lebens, für die mehr und mehr nach Vereinigung und Ausgleichung drängenden humanen, sittlichen und wirthschaftlichen Ziele in den Grundzügen ein Recht aufstellt, welches die Verhältnisse aller Theile unter einander und die ganze wirthschaftliche Ordnung wohl berücksichtigt und in der freien Bewegung die weitere Ausbildung und Fortbildung erhält. Das wirthschaftliche Leben hat sich, von der Jurisprudenz verlassen, bei Aufstellung neuer Gesellschaftsformen, zum Theil selbst helfen müssen; aber es geziemt der Rechtswissenschaft, auch diesem Culturgebiete die Wege zu bereiten und ihm eine angemessene rechtliche Stütze und Förderung zu gewähren. Das römische Recht hat eine wichtige Aufgabe vollführt; es hat, über den Sonderrechten der Stände und Corporationen, ein erstes gemeinsames Recht geschaffen, es hat auch wesentlich zur Kräftigung der Staatsgewalt beigetragen, freilich zugleich den Staat von der Volksgesammtheit abgehoben und in der Staatsgewalt concentrirt; aber, obwohl gerade in der gegenwärtigen Zeit für nationale Ziele ein Streben nach einheitlicher Concentration und Macht in erhöhtem Grade eingetreten ist, so wird dasselbe doch nach einer anderen Richtung wesentlich beschränkt durch das wachsende Bedürfniß, für die Organisation unseres staatlichen Lebens die germanischen Grundlagen in der Feststellung der Rechte der freien Persönlichkeit, der Selbstverwaltung der Gemeinden, Kreise und Provinzen und in der Anwendung des föderativen Princips auf ein größeres Staatsganzes wieder zu gewinnen. Diesem Zuge hat aber auch die Rechtswissenschaft zu folgen. Das römische Recht wird immer eine wichtige Bildungsschule bleiben, aber wenn die Rechtswissenschaft wirklich „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus" soll (Ihering, Bedeutung des römischen Rechts 1865 S. 18,) so muß sie auch Principien gewinnen, die über das römische Recht hinausgehen, und zu diesem Zwecke wird sie durch tieferes Eindringen in die treibenden Kräfte und die Ziele der ganzen Culturentwickelung, in innigerem Anschluß an die Rechtsphilosophie, auch zu erforschen suchen, wo das Leben selbst hinaus will, und als „vergleichende Jurisprudenz" bei genauerer Prüfung des Unterschiedes zwischen römischem und deutschem Rechte auch die tieferen germanischen Grundbegriffe besser für die Wissenschaft und für die Praxis verwerthen lernen.

Nach dieser kurzen rechtsphilosophischen Betrachtung der vornehmsten Rechtsanschauungen, welche in dem Leben der bedeutendsten Culturvölker eine praktische Gestaltung erlangt haben, wenden wir uns jetzt zu einer übersichtlichen Darstellung der theoretischen Entwickelung, welche die Rechtsidee in den hauptsächlichsten Schulen und Systemen der Rechtsphilosophie oder des Naturrechts seit dem Wiederbeginn der freien philosophischen Forschung, nach dem Ausgange des Mittelalters (S. ausführlicher unsere, in kurzem erscheinende, neueste Auflage der Rechtsphilosophie, S. 71—185.) erhalten hat.

Die Aufgabe, welche die neue Epoche in der Umgestaltung des Rechts- und Staatslebens zu erfüllen hatte, wird durch einen kurzen Hinblick auf das Mittelalter noch klarer erkannt.

Das Christenthum, welches den entscheidenden Wendepunkt in der Geschichte der Menschheit bildet, hatte in der Lehre von der Einheit Gottes, und der höchsten, im Symbol des Gottmenschen ausgedrückten, Lebenseinigung des Menschen mit Gott, allem Leben eine höhere Richtung zu Gott und dem Göttlichen gegeben, und die daraus sich ergebenden fruchtbaren Wahrheiten von der Einheit der Menschheit, von der sittlichen Gleichheit und Freiheit, der Erhebung des Menschen über alles zeitliche Leben wie über die staatliche Ordnung, wurden die Grundlagen für die weitere Entwickelung. Aber alles, was eine menschliche Seite hat, tritt in einen Entwickelungsproceß, der sich, nach den allgemeinen Gesetzen (S. 10), von einer ursprünglichen Einheit aus in Gegensätze entfaltet und zuletzt nach einer höheren Harmonie strebt. So sehen wir auch in der ersten Epoche, wie Göttliches und Menschliches im innigen neuen Bunde, in der Einheit der Liebe und des gemeinsamen Glaubens verknüpft und, in dem erwarteten Reiche Gottes, das Diesseits und Jenseits gleichfalls in Einheit erfaßt wird. Nach Erhebung der christlichen Religion zur Staatsreligion unter Constantin und unter dem Einflusse des römischen Herrschaftsgeistes strebt dagegen die christliche Kirche sich mehr und mehr als Staat zu gestalten, verlegt das Reich Gottes, bei Verzichtung auf dessen Durchführung im Diesseits, in das Jenseits, und im Mittelalter wird ein schroffer Gegensatz ausgebildet zwischen Göttlichem und Menschlichem oder Weltlichem, dem Ewigen und Zeitlichen, zwischen der Kirche und dem Staate, in der Art, daß, bei dem Bedürfnisse einer gewissen Einheit für jede Gesellschaftsordnung, die Kirche sich als die höchste Macht und Spitze, als eine unmittelbare göttliche Ordnung geltend machen, den Staat dagegen nur als eine mittelbare, durch die Kirche geheiligte, göttliche Ordnung behandeln will. Es beginnt nun eine Lebensrichtung und Bewegung, die, aus demselben Geiste hervorgehend, den gleichen Grundcharakter in der Kirche und im Staate trägt und dadurch sich kund gibt, daß das Ursprüngliche verloren geht und überall Mittelbarkeitsverhältnisse geschaffen werden. Das Mittelalter führt daher seinen Namen mit Recht auch in geistiger und rechtlich-sittlicher Beziehung, indem es überall Mittelglieder, vermittelnde Autoritäten zwischen die menschliche Persönlichkeit, als Subject und Träger aller Ordnung, und ihre höchsten Objecte und Ziele, in der Wissenschaft und im Leben, eingeschoben hatte. So stellte sich die hierarchische Kirche als Vermittlerin zwischen die göttliche Offenbarung und den Laien; der Staat zeigte seinerseits eine der Hierarchie ähnliche Abstufung im Lehnswesen und war fast überall von Mittelbarkeitsverhältnissen durchzogen; die Hierarchie hatte sich gegen den Laien, wie die Feudalbaronie gegen den gemeinen Mann, abgeschlossen. Die ursprünglichen Schriftquellen waren von der Kirche unter Verschluß gelegt und selbst in der Philosophie wurde Aristoteles die herrschende Autorität. Zu den geistigen Banden gesellten sich die mannichfachen Bande im Staate und in der Gesellschaft. Bei der Schwäche und dem mangelnden Schutze der Staatsgewalt hatte sich der germanische genossenschaftliche Trieb in der Bildung einer großen Fülle von Corporationen, Innungen, Zünften bethätigt, die sich gegen einander abschlossen und wie kleine Staaten Selbstschutz und Selbstregierung übten. Die Kraft der mittelalterlichen Gliederung lag in diesen mittleren Gliedern; dagegen waren die beiden Endpunkte, die Centralgewalt und die Einzelpersönlichkeit, in hohem Grade geschwächt, in ihrer Bewegung nach allen Seiten unterbunden. Eine Reform konnte nur durch Principien angebahnt werden, welche die Gebundenheitsverhältnisse durchbrachen, die Freiheit der Persönlichkeit nach allen Richtungen zur Geltung brachten und dieselbe in ein unmittelbares Verhältniß zu den höchsten Lebensquellen und Lebensordnungen setzten, in der Religion also den Geist zu der Schriftquelle und auf die selbstprüfende Vernunft hinwiesen, das allgemeine Priesterthum begründeten, die Kirche auf den Lebensgrund der Gemeinde stellten, und ebenso, in der staatlichen Ordnung, die Beseitigung der Gebun-

denheits- und Mittelbarkeitsverhältnisse und das allgemeine Staatsbürgerthum herbeiführten.

Es war der dritten Epoche, der neueren Zeit seit der Wiederbelebung des classischen Alterthums und seit der Reformation, vorbehalten, diese Principien allmählig zur Geltung zu bringen, und die Rechtsphilosophie war es, welche vorzüglich in praktischer Hinsicht die Ausbildung derselben unternommen hat. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß auch diese Epoche vielfach nur ein anderes Extrem herausgebildet hat, das Diesseitige über das Jenseitige, das Menschliche und Weltliche über das Göttliche, den Staat über die Kirche stellte, und daß dahin in einer, wie wir glauben, sich jetzt anbahnenden, neuen Periode eine höhere harmonische Ausgleichung erstrebt und die Erkenntniß gewonnen werden muß, daß alle menschlichen Lebensrichtungen an die höchsten göttlichen Lebensideen wieder anzuknüpfen sind, daß die ganze Gesellschaftsordnung nicht im Dualismus von Staat und Kirche wurzelt, sondern ein organisches Ganzes von Culturkreisen bildet, die durch die göttlichen Ideen der Religion, Sittlichkeit, Wissenschaft, Kunst, Recht belebt sind und vom Staate, als der Rechtsordnung, rechtlich geordnet, geschützt und gefördert werden. Wir haben nun die neuere Epoche und die Aufgabe, welche die Rechtsphilosophie nach ihrer geschichtlichen Entwickelung vollführt hat, näher zu betrachten.

Die auf das Mittelalter folgende neue Epoche kündigte sich in der Großartigkeit ihres Charakters und in ihrer weltgeschichtlichen Bedeutung dadurch an, daß der Umschwung des ganzen geistigen und sittlichen Lebens zusammentraf mit den großen, in der Himmelsordnung und auf der Erde gemachten Entdeckungen, welche, in Verbindung mit der Reformation und der, jetzt zu einer geistigen Macht sich gestaltenden, Philosophie eine neue Gott-, Welt- und Lebensanschauung herbeiführten. Wie der Geist einer neuen Zeit oft unbewußt selbst diejenigen Lebenskreise ergreift, die sich ihm am meisten entgegensetzen möchten, davon sollte die römische Kirche selbst Zeugniß ablegen, indem gerade in Rom, gewissermaßen vorbildlich für den neuen Bau der Gesellschafts- und Staatsordnung, der Dom von St. Peter nicht mehr wie die gothischen in den Himmel strebenden Kirchen, sondern, in Erinnerung der Antike, als ein Bau aufgeführt wurde, „der nicht durch den Zug von der Erde zum Himmel beherrscht wird, sondern vielmehr das Gefühl erweckt, als wäre der Himmel auf Erden" (Luthardt, über kirchliche Kunst S. 12, 1864). Das wurde ja auch der Grundzug der neuen Bewegung, nach Möglichkeit den Himmel auf Erden zu versetzen, das Diesseits wenigstens in den Vordergrund zu stellen, die Forschung auf die Welt und die Natur, auf den Menschen und die Verbesserung der gesellschaftlichen Zustände zu richten. Den eigentlichen Mittelpunkt in dieser nach verschiedenen Richtungen sich organisirenden Bewegung bildet jedoch der Mensch, den das Mittelalter nach Ständen, Zünften u. s. w zergliedert hatte und der jetzt als das Ganze über den Gliedern, als die höhere Einheit und das Ziel aller Bestrebungen begriffen wird. Die Humanität, das Streben nach voller und allgemeiner menschlicher Bildung und nach Gestaltung eines menschheitwürdigen Daseins für alle Kreise der Gesellschaft, wird die edelste forttreibende Kraft dieser Epoche, wenngleich auch hier die Abtrennung von den göttlichen Lebensprincipien öfter die Gefahr der Verflachung und des Versinkens in eine materialistische Auffassung des menschlichen Wesens herbeiführt.

Den gesellschaftlichen Rückhalt mußten aber alle neuen Lebenselemente und Kräfte im Staate suchen. Die Kirche, welche durch die Feststellungen des Tridentinischen Concils unüberschreitbare Dämme gegen die Fluthen der neuen Geistesströmung hatte aufführen wollen, trat noch entschiedener jeder neuen Lehre entgegen. Der Staat selbst lag zwar tief in den mittelalterlichen Banden verstrickt, schloß jedoch nicht grundsätzlich die Verbesserung aus. Auf den Staat mußten sich aber vor allem die Reformbestrebungen

richten. Die confessionelle Spaltung hatte der Prätention der römischen Kirche, die höhere gesellschaftliche Einheit und Einheitsgewalt zu repräsentiren, ein Ende gemacht; mit der Sprengung der Fesseln der Zwangseinheit hatte sich die Freiheit nach allen Richtungen ergossen. Das gesellschaftliche Leben bedarf jedoch einer einheitlichen Macht. Nach dem Aufhören des Dualismus, konnte diese Macht, vor allem für die protestantischen Staaten, welche vorzugsweise die Träger der neuen Culturbewegung wurden, nur noch im Staate gesucht werden, und der Staat, dem nothwendigerweise die Aufgabe zufiel, die Lücke auszufüllen die durch den Ausfall der kirchlichen Leitung eingetreten war, mußte nun selbst der vornehmste praktische Gegenstand der Untersuchungen und Bestrebungen werden. Nach dem Geiste der neuen Zeit, der überall auf die Erforschung der Ursachen, Gesetze, sowie auf die Erschließung der ursprünglichen Quellen der Erkenntniß und des Lebens gerichtet ist, mußte auch der Staat nach seiner Entstehung, seinem Wesen, seinem Zwecke näher untersucht und das Recht, jedenfalls der vornehmste Zweck des Staates, auf seine innerste Quelle, die Natur des Menschen, zurückgeführt und als Naturrecht ausgebildet werden. Diese rechtsphilosophische Forschung hatte jedoch noch eine tiefere Bedeutung. Das gemeinsame kirchliche Zwangsband war zerrissen. Ein neues gemeinsames Band sollte durch die Freiheit und für die Freiheit durch das Recht geschaffen und die Rechtsgemeinschaft das verknüpfende Gesammtband für alle Sonderrichtungen und Sonderkreise werden; ein gemeinsames Recht sollte über allen Standes- und anderen Sonderrechten in dem Staate erstehen, und ein gemeinsames humanes Völkerrecht alle Staaten und Völker umschlingen. Die Reception des römischen Rechts erfüllte zunächst den Zweck, für das Privatrecht ein gemeinsames bürgerliches Recht aufzustellen; der wesentlichste Theil der Gesammtaufgabe wurde jedoch von der Rechtsphilosophie vollführt, deren umbildende Kraft überhaupt weniger in der Richtung des Privatrechts als der staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Verhältnisse und in der Fortbildung der Grundprincipien des Rechts zu suchen ist. Viele wichtige Fragen enthielt das neue rechtliche und staatliche Problem, an dessen Lösung die Rechtsphilosophie herantrat. Welches ist der Ursprung des Staates, welche Stellung nimmt er in der Gesellschaft ein, ist er identisch mit derselben (wie lange Zeit fast allgemein angenommen wurde) oder bildet er nur eine besondere Ordnung; welches ist die Stellung der Staatsgewalt zur Volksgesammtheit; worin besteht der Zweck des Staates, ist er durch die Rechtsidee ausgefüllt oder hat der Staat noch andere Zwecke, wie den Wohlfahrtszweck, zu verfolgen; welches ist, in Folge seines Zwecks, die Stellung des Staates zur Kirche und zu anderen Culturgebieten; welches ist der Ursprung und das Wesen des Rechts selbst, ist es, als ein Princip und eine Norm für Willenshandlungen, selbst durch den Willen gesetzt, ein blos conventionelles oder positives, oder ist es in dem, vom Willen unabhängigen, Wesen des Menschen und der menschlichen Verhältnisse gegründet; in welcher Beziehung steht das Recht zu anderen Principien, die Forderungen an den Willen enthalten, zu dem Guten, zu der Sittlichkeit, zu allen Lebensideen und Lebenszwecken, welche eine Aufgabe für die individuelle oder gesellschaftliche Thätigkeit werden; worin liegt der unmittelbare Zweck des Rechts, hat es blos die Freiheit zu schützen, oder hat es auch das ganze Culturleben zu fördern u. s. w. Alle diese und ähnliche Fragen sind unausgesetzt von der Rechtsphilosophie behandelt, und wenn auch noch mancher Streit darüber besteht, in der Wissenschaft und für das gebildete Bewußtsein mehr und mehr aufgeklärt worden.

Die Entwickelung des Rechts- und Staatslebens seit dem Ausgange des Mittelalters wird jedoch von zwei Strömungen beherrscht, von denen die eine auf die römische Macht und Herrschaftsidee als ihre Quelle zurückweist, und von Machiavelli (1496—1527), im Absehen von allen rechtlichen und sittlichen Schranken, in den äußersten Consequenzen durchgeführt

wird, und vielfach die praktische Politik der Cabinete in ihren Herrschafts- und Vergrößerungsgelüsten geleitet hat, und von denen die andere, in der eigentlich wissenschaftlichen Bewegung, vorzüglich durch die Rechtsphilosophie fortgeführt wird.

Die Entwickelung der Rechtsphilosophie oder des Naturrechts hat nach den vornehmsten Richtungen in verschiedenen Schulen einen Verlauf genommen, der als ein natürlicher geschichtlicher Fortgang betrachtet werden kann. Die geschichtliche Durchbildung eines Princips oder einer umfassenden Lebensidee vollzieht sich überhaupt in der Art, daß lange Zeit hindurch die wesentlichen Seiten nicht zugleich, sondern eine nach der anderen und oft in schroffer Gegensetzung aufgefaßt und dargestellt werden, bis erst schließlich das Princip in seiner Totalität erkannt und alle geschichtlich ausgebildeten Seiten als besondere Momente darin aufgenommen werden. Eine solche Fortbildung zeigt sich auch in der Entwickelung der Rechts- und Staatsidee; der wahre Vollbegriff des Rechts und des Staats, der alle früheren theilweisen Wahrheiten in sich aufnimmt, kann erst in einem höheren Stadium der wissenschaftlichen Forschung gewonnen werden.

Für die Gruppirung der vornehmsten naturrechtlichen Schulen lassen sich, im Absehen von einer hier nicht weiter zu berührenden Uebergangszeit, welche die s. g. Vorläufer von Hugo Grotius befaßt, drei Zeitabschnitte aufstellen: 1) von Hugo Grotius bis Thomasius und Leibnitz, 2) bis Kant, 3) von Kant bis auf unsere Zeit.

Der erste Zeitraum begreift die Lehren von Grotius, Hobbes und Pufendorf, welche, von der Annahme eines Naturstandes ausgehend, die Entstehung der Rechts- und Staatsordnung auf gewisse Triebe der menschlichen Natur, sei es auf den uninteressirten Geselligkeitstrieb oder auf den Egoismus, oder auf den interessirten Geselligkeitstrieb zurückführen. Der Naturstand wird zwar auch als eine geschichtliche Thatsache, jedoch vornehmlich als eine Hülfshypothese zu dem Zwecke angenommen, um die Natur des Menschen rein an und für sich selbst, abgesehen von allen äußeren Verhältnissen, zu betrachten, weshalb auch jeder Schriftsteller die Ansicht, die er sich über die Natur des Menschen gebildet, in dessen Naturstand hineinträgt.

Hugo Grotius (1583—1645) ward der Begründer des neueren Naturrechts als einer selbstständigen Wissenschaft. Das Gesetz der Entwickelung überhaupt geht aber vom Ganzen in die Theile. Vom großen Ganzen der Völkerordnung kommt er in seinem berühmten Werke (de jure belli ac pacis, 1625) zu den Untersuchungen über die Grundlagen des Rechts. Dem Völkerrechte will er eine humane Grundlage geben; der Geist der Humanität war in ihm erwacht, um dem Leichtsinn und der Roheit, welche in der Unternehmung und Führung der Kriege die Oberhand gewonnen hatten, Schranken zu ziehen und um die Völkerordnung auf feste, humane, auch im Kriege noch zu achtende, rechtliche Grundlagen zu stützen. Aus der Natur des Menschen soll das Recht geschöpft werden, jedoch nicht aus der thierischen Natur, wie die römischen Juristen wollten (jus est quod natura omnia animalia docuit), sondern aus der, durch die Vernunft und die Sprache charakterisirten und in dem Geselligkeitstriebe sich bekundenden, menschlichen Natur. Das Wesen und der Zweck des Rechts kann daher nur in der Geselligkeit liegen, und Recht ist also, was durch die Vernunft als übereinstimmend mit der geselligen Natur des Menschen erkannt wird (l. i. lib. I. cap. 1, 10. §. 12). Dieses Recht ist unabhängig von der Religion, „ja es würde bestehen, selbst wenn angenommen würde, was ohne Frevel nicht angenommen werden darf, daß es keinen Gott gäbe oder die menschlichen Dinge seiner Leitung nicht unterständen.“ So groß war die Macht des neuen Geistes, der ein von der Religion unterschiedenes selbstständiges, allgemeines, humanes Recht verlangte, daß selbst ein so religiös gesinnter Schriftsteller diesem Bedürfnisse den schärfsten Ausdruck geben konnte. Der Staat ist nach Grotius, wie

nach allen Naturstandslehrern, durch Vertrag gebildet. Der Staat schafft jedoch nicht die Rechte, er hat die im menschlichen Wesen ursprünglich gegründeten, angeborenen Rechte, als Leben, Freiheit, Integrität u. s. w. zu schützen; aber nicht minder hat er das Wohl zu besorgen, und Grotius definirt den Staat (fast gleich mit Cicero) als die vollkommene Rechts- und Wohls-Gemeinschaft freier Menschen (coetus perfectus liberorum hominum juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus). Das Völkerrecht beruht auf den natürlichen geselligen Beziehungen der Völker, es verlangt insbesondere den friedlichen geselligen Verkehr; der Krieg ist aus den gleichen Gründen, wie die Selbsthülfe der Einzelnen, erlaubt; aber in der Führung des Krieges sind auch gewisse Grundsätze der Humanität und Moralität zu beobachten (wovon das ganze zweite Buch handelt). Ueberhaupt soll die Menschenliebe die höhere Richtschnur bleiben, auch in dem Feinde, ja im Tyrannen und Räuber, noch den Menschen erkennen lassen und auch die Fürsten bestimmen, nicht blos auf das ihrer Leitung anvertraute Volk, sondern auf das ganze menschliche Geschlecht Rücksicht zu nehmen (non unius sibi creditae gentis habere rationem, sed totius humani generis). Auf diese Weise war der humane Geist der neuen Epoche von Grotius in die Rechtsphilosophie eingeleitet worden.

Der Gegensatz zu dieser Lehre ward gebildet durch die Theorie des Engländers Thomas Hobbes (1588—1679), welcher, im tiefsten Widerwillen gegen die demokratische Bewegung seines Vaterlandes und von einer rein materialistischen Auffassung des Menschen ausgehend, die consequente Rechts- und Staatslehre des Materialismus entwickelt und den Absolutismus der Staatsgewalt als die nothwendige Folge davon nachgewiesen hat. Der Mensch ist, nach Hobbes, ein rein sinnlich-materielles Wesen. Durch seine sinnliche Natur ist der Mensch nur von der Selbstsucht geleitet. Die Selbstsucht des Einen kommt nothwendig in Conflict und in Kampf mit der Selbstsucht aller Anderen. Der Naturstand der selbstsüchtigen Menschen, mit dem ursprünglichen Rechte eines Jeden auf Selbsterhaltung, ist daher ein Krieg Aller gegen Alle (bellum omnium contra omnes). Der berechnende Verstand muß aber den Menschen sagen, daß es besser ist, diesem Zustande des Krieges und der Unsicherheit zu entsagen, auf das Recht auf Alles zu verzichten und durch Vertrag eine, Allen überlegene, Staatsgewalt zu schaffen, die nur als eine absolute ihren Zweck erfüllen kann. Zur weiteren Construction dieser Staatsgewalt greift dann Hobbes zu dem Begriffe der juristischen Person (persona civilis). Dieser hier nur im Grundprincip gezeichneten Lehre von Hobbes gebührt das Verdienst, in der Wissenschaft und im Leben die Logik des Materialismus (auch zu Nutz und Frommen unserer modernen Materialisten, wenn sie sich des logischen Denkens, als eines blos nützlichen „Surrogats" für die sinnliche Anschauung, noch nicht entschlagen haben) gezeichnet zu haben. Wer in dem Menschen kein höheres Geistprincip erkennt, welches, um mit Kant zu reden, einen Selbstzwang gegen die sinnlichen Leidenschaften übt, muß nothwendig in der Staatsgewalt eine um so mächtigere äußere Zwangsgewalt schaffen, und die Geschichte liefert den Beweis, daß überall, wenn der Materialismus um sich greift, die Selbstsucht vorherrschend wird, oder die Leidenschaften sich in einer Revolution entflammen, der Absolutismus, auch wenn er den äußeren Schein der Mitwirkung von Volkselementen bewahrt, immer den Abschluß einer solchen Bewegung bildet.

Abgesehen von Spinoza (1632—1677), welcher von seiner pantheistischen Lehre aus zu ähnlichen Resultaten gelangt, das Recht, wie alles Sein, auf Selbsterhaltung zurückführt, in der Macht die Quelle des Rechts erblickt, nach welchem „die Fische das Recht haben, zu schwimmen, die großen Fische das Recht, die kleineren zu verzehren" (was denn bekanntlich auch vielfach im Staats- und Völkerleben zur Anwendung gekommen ist), jedoch durch den Staatsvertrag für die Staatsgewalt gewisse Schranken und

Garantien für das geistig-sittliche und religiöse Leben gezogen wissen will, wird die naturrechtliche Entwickelung zunächst durch Pufendorf weiter geführt.

Samuel Pufendorf (1632—1694) vereinigt in eigenthümlicher Weise die Ansichten von Grotius und Hobbes, indem er den Menschen als ein aus Egoismus geselliges Wesen betrachtet und aus den Pflichten dieser Geselligkeit die Rechte ableiten will. Das hauptsächlichste Verdienst Pufendorfs besteht aber darin, das Naturrecht nach allen Theilen systematisch behandelt und das Privat- und öffentliche Recht scharf gesondert zu haben. Es ist zudem hervorzuheben, daß Pufendorf der erste ist, der seine naturrechtliche Staatsansicht zur klärenden Prüfung des verwickeltesten Staatsgebäudes der neueren Zeit, des heiligen römischen Reichs deutscher Nation, in seiner pseudonymen Schrift (Severinus de Monzambano, de statu imperii Germanici, 1667) verwerthete. Pufendorf sah in diesem Reiche ein monströses Zwittergebilde von Monarchie und Bund, welches die Nachtheile beider an sich trage, sich immer mehr dem Staatenbunde nähere, besonders von Oesterreich ausgebeutet werde und nur durch eine Kräftigung der einheitlichen Spitze reformirt werden könne. Er wünscht zwar, daß Oesterreich auf die Beherrschung der deutschen Länder verzichten möge, warnt aber, dem Rathe eines anderen Schriftstellers (Philipp Chemnitz) zu folgen, Oesterreich zu zertrümmern, da dies nur mit Hülfe des Auslandes (Frankreichs und Schwedens) geschehen könne, das sich seine Hülfe sicherlich auf Kosten des Reichs werde bezahlen lassen, und verlangt daher nur einen bleibenden Bundesrath (perpetuum consilium) mit einem schnellen Geschäftsgange, ferner volle Gleichstellung der Confessionen, Verbesserung des Schulwesens, Säcularisirung der Klöster und Vertreibung der Jesuiten.

Gegen die ganze Richtung des neuen Naturechts traten verschiedene Widersacher auf (Selden, die beiden Cocceji, Alberti, Seckendorf u. A.), welche das Recht in strengerer oder gemäßigterer Weise wieder vom Willen Gottes und von der Religion abhängig machen wollten; allein die neue Richtung blieb vorherrschend.

Der zweite Zeitraum wird gewöhnlich mit Thomasius begonnen; er ist jedoch durch einen Gegensatz charakterisirt, der sich in den Lehren von Thomasius und Leibnitz ausspricht, indem der erstere eine schärfere Unterscheidung von Recht und Moral einleitet, der andere das Recht in innige Beziehung zu dem höchsten sittlichen Ziele, die Vervollkommnung des Menschen und der menschlichen Gesellschaft, zu setzen unternimmt. Dieser Zeitraum begreift auch die Lehre Rousseau's, welcher aus der Naturstandstheorie, in Verwerthung der verschiedenen Ansichten von Grotius, Hobbes, Pufendorf, so wie von Locke und Wolf, die praktischen Resultate für die Staatslehre zieht.

Thomasius (1655–1728) hat bekanntlich zuerst Recht und Moral nach der Erzwingbarkeit der s. g. vollkommenen Rechtspflichten und der Unzulässigkeit des Zwangs bei den s. g. unvollkommenen moralischen Pflichten zu unterscheiden begonnen. Gundling und Gerhard bildeten diese Unterscheidung fast bis zum Gegensatze aus, die begierig von der Jurisprudenz als ein bequemes Schlagwort aufgegriffen und fast bis auf den heutigen Tag beibehalten wurde, obwohl schon von Leibnitz und besonders in neuerer Zeit nachgewiesen ist, daß der Charakter der Erzwingbarkeit gar nicht durchgreifend und zudem das Recht nicht aus der Erzwingbarkeit abzuleiten und zu erkennen ist, sondern erst bestimmt werden muß, was Recht ist und dann, nicht in allen, aber in vielen, hauptsächlich Vermögensverhältnissen, der Zwang als zulässig erscheint. Thomasius verfolgte aber bei dieser Unterscheidung hauptsächlich den edlen Zweck, das sittlich-religiöse Gebiet von der Staatsgewalt unabhängig zu machen und diese, nach dem von ihm aufgestellten Territorialsysteme (im Gegensatze zu dem von Carpzov in Leipzig verfochtenen Consistorialsysteme) auf die Bewahrung des äußeren Friedens im staatlichen Territorium und auf das jus

circa sacra zu beschränken. Als ein muthiger Kämpfer für alles, was er als wahr, gut und recht erkannt hatte, hat er sich insbesondere durch seine Bekämpfung „des Verbrechens der Ketzerei", „des Hexenglaubens" und der Hexenrichterei (Carpzov) sowie der „Tortur" ein bleibendes Denkmal in der Culturentwickelung Deutschlands gesetzt.

Leibnitz (1646—1716), welcher, gleich beim Beginne der selbstständigen philosophischen Forschung in Deutschland, als ein Gestirn erster Größe am geistigen Himmel erscheint, und gewissermaßen die Aufgabe des deutschen Genius vorbedeutungsvoll in seinem Systeme des universellen Harmonismus anzeigt, sucht auch in der Rechtsphilosophie die Hauptfäden des nach verschiedenen Seiten auseinander gegangenen Gewebes zu einer höheren Einheit zusammen zu fassen, ohne es jedoch auch hier zu einem systematischen Abschluß zu bringen. Das Recht will er, wie das Wahre und Gute, auf Gott zurückführen, nicht auf den Willen, sondern auf das Wesen Gottes, das Recht überhaupt nicht als einen Willens- und Machtbegriff, sondern als ein weise ordnendes Princip auffassen, welches nach dem Endzwecke des menschlichen Lebens, der Vervollkommnung, als dem wahren Wohl, alle äußeren oder inneren Handlungen (nicht Gesinnungen) regelt, von der moralischen Verpflichtung sich dadurch unterscheidet, daß während diese eine moralische Nothwendigkeit ist, das Recht eine moralische Möglichkeit, ein Dürfen, enthält. Als Recht will er jedoch überhaupt bezeichnen, was die Gesellschaft der vernünftigen Wesen vervollkommnet (Sed tamen putem, justum esse quod societatem ratione utentium perficit). Leibnitz hat sich ebenfalls, wie Pufendorf, eingehend mit dem deutschen Staatswesen beschäftigt, aber, wie schon der Name Caesarinus Furstenerius anzeigt, den er für eine Schrift (de jure suprematus etc.) angenommen hatte, will er eine Vermittelung zwischen der zu stärkenden kaiserlichen Macht und den Fürsten erzielen.

Wolf (1679—1759), welcher Leibnitzens philosophische Lehre überhaupt methodisch zu einem Systeme abzuschließen unternimmt, dabei aber wichtigen Principien die Spitze abbricht, hat auch das Leibnitzische Vervollkommnungsprincip, in mehr eudämonistischer Umbildung, als Wohls- und Glückseligkeitsprincip, in breitester Ausführung für alle Verhältnisse des Rechts- und Staatslebens, zur Ausbildung gebracht. Sein Grundgedanke ist, daß das Recht nur als Mittel zur Erfüllung sittlicher Pflichten besteht, das Recht nur ein Dürfen, eine Befugniß ausdrückt, ein Erlaubnißgesetz ist, während die sittlichen Pflichten ein Sollen, ein Gebot enthalten. Der Staat hat das Wohl aller Glieder nach ihrem Stande und Berufe zu fördern; salus publica suprema lex esto; aber nicht durch die Staatsgewalt allein, sondern durch Mitberathung aller Bürger soll bestimmt werden, worin dies Wohl zu setzen sei. Mit dem Vervollkommnungs- und Wohlsprincip geht dann Wolf in seinem jus naturale (9 Bde. in 4.) und in seinen „Vernünftigen" Gedanken (er hat über alles vernünftige Gedanken, „über Gott und die Welt, über die menschliche Seele", „von dem Thun und Lassen der Menschen" und „von dem gesellschaftlichen Leben") an die Betrachtung der ganzen Rechts- und Staatsordnung, um mit dem Lichte der Vernunft aufzuklären und die Wege der Verbesserung und Vervollkommnung zu weisen. Es ist Ton geworden, über die naiven und trivialen, oft ins Kleinlichste eingehenden, Verbesserungsvorschläge zu lächeln, allein man mag wohl bedenken, daß es dem, oft nur zu sehr bei abstracten Principien verweilenden, deutschen Geiste sehr zuträglich war, einmal ein Princip für alle Lebensverhältnisse durchgeführt zu sehen. Die Leibnitz-Wolffsche Rechtsphilosophie hat, wie keine frühere, die weiteste Verbreitung in allen civilisirten Ländern Europas gefunden; sie gab dem im 18. Jahrhundert überall mehr oder weniger angefachten Streben nach Vervollkommnung der menschlichen Zustände einen mächtigen Impuls, begünstigte überall die Aufklärungstendenz und wurde selbst eine wichtige Stütze und Handhabe für den s. g. aufgeklärten Absolutismus (Fried-

Digitized by Google

rich II. und Joseph II.), der das Wohlfahrtsprincip auf sein Banner schrieb, aber die von Wolf gestellte Bedingung, daß das Wohl durch Mitberathung der Bürger bestimmt werden solle, zur Seite schob.

Frankreich war es vorbehalten, durch die Lehre Rousseau's, aus den vornehmsten Grundprincipien des Naturrechts in einseitigster Richtung die praktischen Resultate zu ziehen. Diese Lehre muß jedoch auch aus der ganzen Lage der gesellschaftlichen Verhältnisse Frankreichs, als ein wahrer Schmerzensschrei eines nach allen Seiten geknechteten Volkes, begriffen werden, welches, nachdem der Absolutismus, nach dem Frevelworte: l'Etat c'est moi, den Staat in sich absorbirt und von oben aus völlig zerrüttet hatte, nun den Staat von sich aus wiederaufzubauen unternahm. Der staatliche Bau selbst ist in der Richtung der politischen Freiheit mißlungen, aber gewisse große Grundprincipien der freien individuellen Bewegung, im Gegensatze zu dem gesammten Corporations- oder Zunftwesen, sind auf den wichtigsten, besonders wirthschaftlichen, Gebieten in Frankreich zuerst, zum Segen dieses Landes, zur praktischen Durchführung gekommen. Im Gegensatze zu seinem großen Zeitgenossen Montesquieu (1689—1755), der in seinem berühmten Werke: Esprit des lois (1754) die Relativität aller rechtlichen und staatlichen Verhältnisse und Einrichtungen, ihr Bedingtsein von dem historischen Entwickelungsgange, von den Einflüssen der Natur und der ganzen sittlichen Cultur nachzuweisen gesucht hatte, stellte Rousseau (1712—1778) in seinem: Contrat social (1762) einfache, rücksichtslos durchschlagende, absolute Principien auf, wie sie die große Menge in den Schlagwörtern am leichtesten begreift, setzte freilich nur an die Stelle des fürstlichen Absolutismus den Absolutismus der Demokratie, wobei die Ansichten Hobbes ihm dazu dienten, den Charakter der Absolutheit der Staatsgewalt zu Gunsten der souveränen Volksgewalt zu verwerthen. Die Theorie Rousseau's wurzelt in dem Grundgedanken, daß beim Heraustreten aus dem Naturstande, von den Einzelnen, die alle gleich frei geboren würden, ein Gesellschaftsvertrag geschlossen sei, in welchem ein Jeder alle seine Rechte ohne Vorbehalt an die Gemeinschaft abgetreten habe, um ebenso viel, mit dem Schutze der Gemeinschaft, zurückzuerhalten. Durch diesen Vertrag sei ein politischer Körper mit einem Allgemein-Willen (volonté générale) geschaffen, der von dem Willen Aller (volonté de tous) unterschieden werden müsse. Diese Lehre vom Allgemein-Willen bildet den Centralpunkt in Rousseau's Theorie (und ist ein Grundgedanke in der ganzen späteren geschichtlichen Entwickelung), ist jedoch zugleich der schwächste Punkt geblieben, indem es, wie überhaupt, so auch für Rousseau unmöglich war, durch irgend ein Rechenexempel (wie er es versuchte) aus einer Summe von individuellen Willen einen Allgemein-Willen zu finden. Von großen praktischen Folgen war es dagegen, daß bei dieser Lehre Rousseau vor allem darauf drang, daß im Staate keine Sonderkreise, keine Stände, Corporationen bestehen sollten, weil dadurch der Einzelwille von der rechten Bahn zum Allgemein-Willen abgelenkt würde. Der Allgemein-Wille findet nach Rousseau seinen Ausdruck in der Volkssouveränetät; diese ist unveräußerlich, untheilbar (daher keine Theilung der Gewalt, wie Locke und Montesquieu wollten), unvertretbar (daher die Volksabgeordneten nicht Repräsentanten, sondern Mandatare sind, deren Beschlüsse vom Volke wenigstens ratificirt werden müssen), unbeschränkt, weil der Allgemein-Wille nicht Unrecht thun kann, zwar die Freiheit nicht antasten soll, aber doch Opfer verlangen darf, über deren Größe er allein zu entscheiden hat; sein Zweck als Staatszweck ist das Wohl (bien); nach diesem Zwecke hat er alles zu ordnen und festzustellen, auch den religiösen Glauben, wenn auch nur in Hinsicht auf die gesellschaftlichen Grundlagen und Principien, indem er in Bezug auf die Dogmen den Glauben frei läßt und nur solche Confessionen nicht duldet, die selber unduldsam sind. So wurde von Rousseau eine Theorie aufgestellt, die im wesentlichen keine Garantie für die Freiheitsrechte gibt,

eine Staatsallmacht schafft, die in der Besorgung des Wohles, bei der rechtlichen Gleichheit Aller, auch Allen die gleiche Wohlfahrt hätte zusichern müssen; eine Consequenz, die auch später in der Revolution durch den versuchten Aufstand von Babeuf (1796) gezogen wurde. Es ist ein Gesetz aller geschichtlichen Entwickelung, daß jedes einseitige Princip bei der Uebertreibung den Rückschlag ins entgegengesetzte hervorruft. Seit Ludwig XIV. ist in Frankreich die Bewegung zwischen den Extremen des fürstlichen- und Volksabsolutismus vorherrschend geblieben; der Zauberkreis der Rousseau'schen Principien ist nicht durchbrochen worden und kann nur gelöst werden durch eine Lehre, welche über aller Souveränetät unantastbare, sittlich-rechtliche Principien anerkennt, und der Staatsgewalt nicht den Atomismus der, in ihrer Isolirung schwachen, Individuen gegenüberstellt, sondern die wahrhafte Gliederung der Gemeinden und Provinzen für eine geordnete Selbstverwaltung zur Geltung bringt.

Der dritte Zeitraum erstreckt sich von Kant bis auf unsere Zeit; er begreift die Lehre Kants, in welcher zwar das Recht wesentlich als Freiheitsrecht aufgefaßt, jedoch die Freiheit auf eine sittliche Grundlage zurückgeführt wird; dieser Zeitraum weist aber auch die Gegenströmungen auf, welche in den großen Culturländern England, Frankreich, Deutschland hervortraten, zunächst in der politisch-historischen Schule (Burke) und in der theologischen Schule (de Maistre) gegen die abstracten Freiheits- und Gleichheitsprincipien und gegen die Abtrennung des Rechts von der Sitte und der Religion; in Deutschland, zuerst in mehr privatrechtlicher Hinsicht, in der eigentlichen historischen Schule (Hugo, Savigny), welche die abstracte, formell logische Naturrechtswissenschaft verwirft, und später, in speculativer Richtung, in den Systemen von Schelling und besonders von Hegel, welche den Subjectivismus überhaupt in der ganzen Rechts- und Staatsanschauung bekämpften.

Kant (1724—1804) ist, in der Philosophie überhaupt, wie in der Rechtsphilosophie, der Begründer einer neuen Epoche, welcher das Grundprincip einer fast dreihundertjährigen Bewegung, die subjective Persönlichkeit und Freiheit, die für alle Erkenntniß und Lebensgestaltung die nächste Quelle in sich selbst sucht, zum Ausgangspunkte und zum Endziele seiner Speculation machte, zugleich aber auch der Humanitäts- und Freiheitsrichtung, so weit dies vom subjectiven Standpunkte aus möglich war, den geläutertsten Ausdruck gab. Bekanntlich vergleicht Kant die Aufgabe, die er sich stellte, mit der des Kopernikus; auch er will durch die Veränderung des Standpunktes eine neue Anschauung des Seins und Lebens herbeiführen; aber das Subject wird in den Mittelpunkt gestellt; nicht nach der objectiven Welt des Seins soll sich das Denken und Wollen richten, sondern umgekehrt, aus dem Denken und aus seinen ursprünglichen Formen, Begriffen und Ideen soll das Subject die Richtschnur für die Erkenntniß und Behandlung der Dinge und Verhältnisse entnehmen. Was aber die Kant'sche Lehre wesentlich von jeder anderen Subjectivitätstheorie unterscheidet, liegt darin, daß Kant in dem Subjecte selbst ein Zwiefaches: die sinnliche Seite, und ein Höheres, Unbedingtes, unterscheidet, in dem äußeren Sinnenmenschen (homo phaenomenon) einen inneren Ideal- oder Vernunftmenschen (homo noumenon) nachzuweisen unternimmt, der durch die Vernunftideen und Vernunftgesetze alles regeln und zu einer höheren Einheit verknüpfen soll. In der Vernunft eröffnet sich nach Kant eine Welt des Unendlichen und Unbedingten, die in der Idee Gottes, als des alle Realität in sich befassenden Wesens (ens realissimum) die abschließende Einheit findet; aber, obwohl dieses Wesen das Ideal der Vernunft ist, ist es nur eine Idee ohne objective Gewißheit und jeder Beweisform unzugänglich, weil nach Kant alle Begriffe und Ideen, wenn sie auch nicht aus der Erfahrung stammen, doch, um eine Erkenntniß zu gewähren, ihren Gehalt in der Erfahrung nachweisen müssen, Gott aber kein Gegenstand der Erfahrung ist. Die theoretische Vernunft vermag daher keine Gewißheit von der

Realität einer höheren Idealwelt zu geben. Aber zu dieser Idealwelt gelangt Kant von einer anderen Seite; die Freiheit wird sich von ihrer Realität überzeugen, die Schwungkraft, wodurch der Geist sich in die ideale Welt versetzen und Besitz davon ergreifen soll. Die Vernunft, sagt nämlich Kant, ist nicht blos theoretisches Denk- und Erkenntnißvermögen, sie ist auch praktisch vernünftiges Wollen und Handeln; dieses als Ursachlichkeitsvermögen erzeugt Wirkungen und Wirklichkeit; das vernünftige Wollen und Handeln unterscheidet sich jedoch von dem blos nach sinnlichen Motiven und Trieben bestimmenden Handeln dadurch, daß das Gewebe oder die Reihe der sinnlichen Handlungen durch einen Einschlag aus der idealen Vernunftwelt, durch Vernunftideen, unterbrochen und nach den Ideen und Geboten der Vernunft eine neue Reihe von Handlungen begonnen werden kann. In dieser Macht der Einwirkung der Vernunftideen auf das in der Sinnenwelt sich vollziehende Handeln liegt die Freiheit, durch welche die Ideen in ihrer Verwirklichung und Wirklichkeit erscheinen; die Freiheit ist daher der reale Verbindungspunkt der übersinnlichen und sinnlichen Welt, sie verknüpft das durch die Vernunftprincipien gebotene Sollen mit dem Wollen; sie ist aber auch der reale Anhaltspunkt, um von allen Ideen, von Gott, von der Unsterblichkeit praktische Gewißheit zu gewinnen, welche die theoretische Vernunft nicht erlangen konnte, und Kant unternimmt es daher auch, den s. g. moralischen Beweis für das Dasein Gottes aufzustellen Diese höhere Freiheit bildet die Grundlage für die Ethik wie für das Recht und ist daher noch etwas näher zu erörtern.

In der Freiheit gibt sich zunächst als oberstes Vernunftgebot kund, das Gute rein um des Guten selbst willen zu thun; es ist überall nichts zu denken möglich, sagt Kant, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille; dies Vernunftgebot ist unbedingt, ein kategorischer Imperativ. Durch diese Lehre hat Kant wieder die Reinheit des Sittengesetzes begründet und alle die unreinen Gebilde verscheucht, durch welche der Eudämonismus in verschiedenen Formen dem Wollen falsche Zielpunkte gegeben hatte. Das Vernunftgebot ist jedoch auch nur ein allgemein formales, es muß ebenfalls einen Inhalt aus der Erfahrung schöpfen; dieser wird für das Wollen durch die individuellen Maximen gegeben, wornach ein Jeder sein Handeln bestimmt. Diese Maximen müssen mit dem allgemeinen formalen Princip in Einklang gebracht werden, was in der Art geschieht, daß sich ein Jeder bei einer Handlung fragt, ob die Maxime, die er dabei befolgt, geeignet sei, zum Princip einer allgemeinen Gesetzgebung erhoben zu werden. Demnach lautet das oberste Gesetz der Moral: „Handle so, daß die Maxime deines Willens zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne." So soll, nach Kant, das Subject, durch blos logische Prüfung hinsichtlich der Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Maxime, das Gesetz für sein praktisches Handeln in allen Lebensverhältnissen finden, ohne in eine sachliche Untersuchung über das Gute und die Güter einzugehen. Die praktische Philosophie wird dann von Kant eingetheilt: in Moral (heute Ethik genannt), als Lehre von dem Guten, der Freiheit und den Pflichten überhaupt; diese Moral oder Sittenlehre ist die gemeinsame Grundlage der Ethik (heute Moral genannt) oder Tugendlehre und der Rechtslehre, weil die Freiheit der gemeinsame Ausgangspunkt und auch das Endziel für beide ist. Die Freiheit ist nämlich in doppelter Beziehung zu betrachten, nach der inneren Triebfeder oder den Motiven und nach ihrer äußeren Bethätigung als Handlung. Allgemeine sittliche Vernunftforderung ist, daß die Freiheit überhaupt herrsche in der Selbstbestimmung des Menschen, diese wird aber gefährdet sowohl von innen durch das niedere sinnliche Begehrungsvermögen, als von außen durch störende Eingriffe in unseren Freiheitsgebrauch. Beides ist mit dem Vernunftgesetze im Widerspruche, der durch die Entfernung der störenden Hindernisse gehoben werden muß. Im Inneren werden dieselben überwunden durch Selbst-

zwang, indem der Mensch im Kampfe der sittlichen Pflicht mit den sinnlichen Trieben diese beherrscht; in der äußeren Sinnenwelt dagegen, wo die Freiheit überhaupt als Willkür äußerlich erkennbar wird, müssen die störenden Eingriffe, wenn nöthig, durch einen äußeren Zwang entfernt werden. Auf diese Art des Freiheitsgebrauchs bezieht sich das Recht, welches daher „der Inbegriff der Bedingungen ist, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür aller Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammenbestehen (coexistiren) kann". Während die Tugendlehre Gesetze für die Triebfedern der Handlungen gibt, bezieht sich das Recht nur auf die Handlungen selbst. Das Tugendgesetz richtet die Gesinnung, das Rechtsgesetz die That. Das Recht verlangt nur Uebereinstimmung mit dem Rechtsgesetz, Legalität, während die Moralität darin liegt, daß die Idee der Pflicht die Triebfeder ist, die Pflicht um der Pflicht willen geübt wird. Tugendlehre und Rechtslehre stehen jedoch in inniger Beziehung; die Tugendlehre geht überhaupt auf alles, was Pflicht ist, nimmt daher die Rechtspflichten in sich auf, insofern sie gebietet, daß dieselben auch in freier Selbstbestimmung, aus Pflicht gethan werden; ihrerseits muß die Rechtslehre als oberstes leitendes Princip anerkennen, daß der Mensch, welcher durch die Vernunftfreiheit eine Person ist, stets als Selbstzweck geachtet, nie als ein bloßes Mittel gebraucht werde. Hierauf bezieht sich das angeborene Recht der Freiheit, welche, als die gleiche für Alle, auch die formelle Gleichheit enthält.

Das Recht fordert zu seiner Verwirklichung den Staat, und bildet für denselben den Vernunftzweck und die Schranke seiner Wirksamkeit. Der Staat ist eine Idee und Forderung der Vernunft; nicht das Wollen, sondern das Sollen bestimmt die Entstehung des Staates; es gibt daher auch einen rechtlichen Zwang der Einzelnen gegen die Einzelnen, um den Staat zu gründen, ebenso wie es ein Zwangsrecht der gebildeten gegen die ungebildeten Völker gibt, um sie zu einem rechtlichen Völkerverkehr zu nöthigen. In der Idee wird ein Urvertrag zur Entstehung des Staates gefordert, welcher, wenn auch nicht geschichtlich nachweisbar, doch ein Postulat der Vernunft ist, zur Erklärung der wichtigsten öffentlichen Verhältnisse. Nach dem ausdrücklichen Zwecke des Rechts ist der Staat Rechtsstaat. In der Organisation des Staates ist zu unterscheiden die Beherrschungsform, nach den Personen, in Autokratie, Aristokratie und Demokratie; nach der Regierungsart, wie die Staatsgewalt gebraucht wird, in republikanische und despotische Regierung. Unter republikanischer Regierung versteht jedoch Kant diejenige, welche auf einer Theilung der Gewalt in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung beruht; wo diese Gewalten vermengt sind, besteht Despotie. Der Staat hat ein Recht zu strafen, welches Kant, gemäß seiner ganzen formalen Rechtslehre, nach dem Princip der Gleichheit (daß Jeder nach der Maxime seines Handelns auch bestraft werde), als formelles, nicht materielles Wiedervergeltungsrecht bestimmt. — Auch die Völker stehen in rechtlichen Verhältnissen. So wie das Heraustreten aus dem Zustande roher Gewaltthätigkeit zur staatsbürgerlichen Verfassung geführt hat, so wird ein weiterer Fortschritt die Völker aus dem nur provisorischen, fortwährend durch Kriege gestörten, Zustande zu einer weltbürgerlichen Verfassung, nicht unter einem Oberhaupte, sondern in einer Föderation, nach einem gemeinschaftlich verabredeten Völkerrechte, führen. Um zu dem Ziele des ewigen Friedens (s. Kant's Schrift: Zum ewigen Frieden, 1795) zu gelangen, stellt Kant mehrere Präliminar- und Definitivartikel auf, unter denen hier nur einige hervorzuheben sind, als: die stehenden Heere sollen mit der Zeit ganz aufhören; es soll sich kein Staat in die Verfassung und Regierung eines anderen Staates einmischen; die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll repräsentativ (oder republikanisch in dem angegebenen Sinne) sein. Bei der Erläuterung des letzten

Satzes zeigt Kant, wie schwer eine Volksrepräsentation ihre Zustimmung zu einem nicht nothwendig gebotenen Kriege geben würde, und es dürfte auch wohl in der Zukunft die beste Garantie des Friedens darin zu suchen sein, daß ein auf wirksamen Rechten des Repräsentativkörpers beruhendes Repräsentativsystem zur Wahrheit werde.

So ist von Kant, aus dem Grunde der sittlichen Persönlichkeit, die Freiheit zum Princip des Rechts und des Staates erhoben und dadurch, im wesentlichen Unterschiede von der Rousseau'schen Theorie, der Freiheit selbst eine sittliche Grundlage gegeben worden. Der Contrat social hatte auf Kant einen großen Eindruck gemacht; das von Rousseau aufgestellte Problem des Allgemein-Willens wird aber von Kant in viel tieferer Weise dadurch zu lösen unternommen, daß er in dem empirischen Menschen und Willen, bei dem Rousseau allein stehen bleibt, einen höheren Ideal-Menschen und ein Vernunftgebot erkennt, das gesetzgebend für die empirischen Willensbestimmungen sein soll. Freilich wird auch dieser zur Vernunft erhobene Allgemein-Wille von Kant blos formell logisch, das Gute nur subjectiv als guter Wille aufgefaßt und es mangelt dem Kant'schen Systeme eine objective Güterlehre, ohne welche jede Rechts- und Staatslehre sich in Formalismus verlieren muß. Die Freiheitslehre Kant's kann jedoch als ein nothwendiges Stadium in der rechtsphilosophischen Entwickelung betrachtet werden; sie läßt das Recht aus der innersten Grundkraft der Persönlichkeit entstehen, stellte der, ohne den Pulsschlag der Freiheit erschlaffenden und der Staatsallmacht großen Vorschub leistenden, Wohlfahrtslehre Wolf's das Princip der Selbstbestimmung entgegen, verlangte vor allem Freiheit, durch welche dann ein Jeder selbst nach eigenem Ermessen sich sein Wohl bereiten und, um mit Friedrich II. zu reden, nach seiner Façon selig werden könne. Der Polizeistaat, welcher Wolf's Ideal gewesen war, sollte durch den Rechtsstaat ersetzt werden, der nur das Recht zu verwirklichen, d. i. das Coexistenzialverhältniß der Freiheit aufrecht zu erhalten habe. Aber gerade diese Staatslehre Kant's erlitt den ersten Schiffbruch in der Wissenschaft. Es mußte sich bald die Unmöglichkeit herausstellen, den Zweck des Staates auf das (so eng aufgefaßte) Recht zu beschränken; aber, anstatt den Irrthum in dem zu eng und zu einseitig aufgefaßten Rechtsbegriff zu suchen, griff man zu der leichten und unwissenschaftlichen Aushülfe, den Rechts- und Wohlfahrtszweck äußerlich zu verbinden und dem Staate einen doppelten Zweck beizulegen.

Die eigentliche Rechtslehre Kant's ist dagegen bis auf den heutigen Tag, namentlich für das Privatrecht, vorherrschend geblieben. Und doch leidet dieselbe an großen Mängeln. Das Grundgebrechen liegt in dem abstracten Formalismus, der ganz absehen läßt von den sachlichen Lebensverhältnissen und Güterzwecken, für welche die Freiheit, die doch überhaupt nur ein Werkzeug für vernünftige Zwecke ist, sich zu bethätigen hat. Ein anderer wesentlicher Mangel liegt in dem blos beschränkenden und negativen Charakter des Rechtsprincips, nach welchem das Recht der Freiheit eines Jeden nur die, zum Zweck der Coexistenz der Freiheit Aller nothwendigen, Grenzen ziehen soll; allein die Rechtswissenschaft bedarf, wie schon Feuerbach (Kritik des natürlichen Rechts, 1806) hervorgehoben, eines Rechtsbegriffes, der eine positive Berechtigung gewährt; denn, mag dies auch von manchen Lehrern des positiven Rechts nicht scharf genug erkannt werden, das positive Moment ist das Prius und das negative nur eine nothwendige Folge, indem z. B. in dem Eigenthumsrechte dem Eigenthümer eine positive Macht und nur folgeweise auch das Recht auf Nichtgestörtwerden oder auf Ausschließung Anderer gegeben ist. Dennoch ist diese beschränkte Rechtsauffassung Kant's die vorherrschende geblieben, und am meisten in der positiven Rechtswissenschaft verbreitet worden, weil sie mit den Principien des römischen Rechts den nächsten Zusammenhang hatte. So kommt z. B. selbst Savigny, obwohl er die Quelle „des Rechts, über das individuelle Subject hinaus, in dem gemeinsamen

Volksgeiste, in dem Gesammtwillen, der insofern (?) auch der Wille des Einzelnen ist," sucht (System des h. röm. Rechts, Bd. I. S. 114), da, wo es sich um eine wissenschaftliche Bestimmung des Begriffs handelt, der nun einmal nicht aus der Geschichte zu entnehmen ist, über die Kant'sche Auffassung nicht hinaus, wenn er das Recht als „die Regel bezeichnet, wodurch die unsichtbare Grenze bestimmt wird, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren freieren Spielraum gewinnt" (a. a. O. S. 331). Selbst Stahl, der jedenfalls den Fortschritt gemacht hat, den inneren Zweck oder die Bestimmung (τέλος) der Lebensverhältnisse als das oberste Princip oder vielmehr als die Richtschnur für das Recht zu erkennen, stellt diesem doch auch nur die Aufgabe, diesen inneren Zweck als die sittliche Idee eines jeden Instituts „in ihrer äußersten Grenze zu wahren", so daß auch hier das Recht nur als grenzregulirendes Princip aufgefaßt ist. Aber es liegt darin nur eine Seite der Aufgabe des Rechts, welches nicht nur die Grenzen und Coexistenzialverhältnisse zu regeln, sondern auch die Normen für die öffentliche und private Förderung der Lebenszwecke aufzustellen hat.

Kant's Rechtslehre erhielt durch Fichte, (1762—1813) (s. meine Festrede: Fichte's politische Lehre u. s. w, 1862), in der ersten Periode insofern eine nicht glückliche Umbildung, als das Recht wieder schroff von der Moral abgesondert wurde. Später erhob sich jedoch Fichte, über das Princip des Subjectivismus hinausgehend, zu der Grundanschauung der Gesellschaft als einer göttlichen Lebensordnung, die nach dem in allen Geistern waltenden Vernunftgesetze durch menschliche Freiheit verwirklicht werden soll. Sein Ideal war nun eine göttliche vernunftfreie Ordnung als die wahre Theokratie.

In Opposition und bewußter Reaction gegen die Grundprincipien der ganzen bisherigen naturrechtlichen Entwickelung und gegen ihre praktischen Consequenzen in der Rechts- und Staatsordnung, wie sie hauptsächlich in der französischen Revolution hervorgetreten waren, bilden sich fast zu gleicher Zeit die historische und die theologische Schule, letztere zuerst in der katholischen Richtung, durch ihre ersten Repräsentanten, den sardinischen Grafen Josef de Maistre (1754—1821) und den Abbé de Bonald (1754—1840), später durch Adam Müller u. A.; in der protestantischen Richtung unternahm es in neuester Zeit hauptsächlich J. Stahl, die gesammte Rechts- und Staatsordnung, sei es auf die positive Religion, oder doch auf das höchste religiöse Princip, die göttliche Persönlichkeit zurückzuführen. Endlich trat der Kant'schen und Fichte'schen Lehre, in rein philosophischer Entwickelung, die speculative Rechts- und Staatslehre Schelling's, hauptsächlich aber Hegel's entgegen.

Die historische Schule erhielt ihre Begründung von zwei Seiten, in gewaltigem Kampfe gegen die Grundprincipien der französischen Revolution durch Edmund Burke im englischen Parlamente, und von mehr privatlichem Gesichtspunkte aus durch Hugo und Savigny.

Burke (1730—1797), der ebenso wie Schiller mit politischem Seherblicke den Endausgang der Revolution voraussagte, setzte (Reflections on the revolution in France 1790) der apriorischen Construction des Staates das Princip einer stetigen organischen Entwickelung entgegen, welche keine Reformen ausschließe, aber nur in Beachtung aller gegebenen historischen Verhältnisse vor sich gehen solle.

In Deutschland wurde die privatrechtlich-historische Schule durch Hugo (1768—1844) (in der Beurtheilung von Schlosser's Briefen über das allg. preuß. Landrecht in den Göttinger Anz. Nr. 110, 1789) mehr polemisch angebahnt, und erst später durch Savigny (1779—1861) auf allgemeine Principien zurückgeführt. Die Verdienste dieser Schule sind hinlänglich bekannt Es möge hier nur die Grundrichtung derselben hervorgehoben werden, die dahin geht, die Quelle des Rechts- und Staatslebens nicht im einzelnen Subjecte und in der indi-

viduellen Vernunft, sondern im Gesammtbewußtsein des Volkes zu suchen und mit dem Volksleben in den Fluß der geschichtlichen Entwickelung zu stellen, zugleich aber die ganze Gestaltung des Rechts und Staates in ihrem Zusammenhange mit dem gesammten Culturleben, in ihrem organischen Charakter aufzufassen. Es ist hier nicht der Ort, den Einfluß nachzuweisen, den die Schelling'sche Philosophie, welche den Begriff des Organischen wieder zuerst scharf bestimmte und zum Bewußtsein brachte, auf die Bildung dieser Anschauung ausgeübt hat; es war jedoch das große Verdienst dieser Schule, sie in hervorragenden Werken auf vielen Gebieten der Rechtswissenschaft durchgeführt zu haben. Aber auch diese Grundanschauung bildet nur eine, früher unbeachtete, Seite, keineswegs aber den vollen Begriff des Rechts und des Staates. Das Volksbewußtsein ist ebenso wenig die Quelle des Rechts als das Einzelbewußtsein. Bewußtsein ist stets nur die geistige Wiederspiegelung der Lebenszustände; um zu erkennen, ob diese gut und recht oder schlecht und materiell unrecht und zu reformiren sind, muß man eine Richtschnur oder Norm der Prüfung besitzen, die in dem Spiegel selbst nicht liegt. Es verhält sich mit dem Gesammtbewußtsein des Volkes wie mit dem Rousseau'schen Allgemein-Willen (auch Savigny redet öfter vom Gesammtwillen); wie dieser sich praktisch in den Willen Aller und des Einzelnen auflöste, so setzte sich an die Stelle des Gesammtbewußtseins des Volkes das Bewußtsein der einzelnen Juristen, bei denen man sicherlich öfter sagen konnte: Was ihr das Volksbewußtsein heißt, das ist im Grunde des Herrn eigener Geist, der nur im Volksgeist sich bespiegelt. Daß aus dieser Quelle kein Princip des Rechts geschöpft werden kann, hat Savigny selbst dadurch anerkannt, daß er zu der Kant'schen Rechtsauffassung zurückgriff. Auch die nationale oder volksthümliche Seite des Rechts ist nur ein einzelnes wichtiges Moment. So wie das Volk nur ein Glied der Menschheit ist und in seinem physischen Typus und Antlitze die Grundzüge eines menschlichen Antlitzes wiederspiegelt, so ist auch jedes Volksrecht nur ein eigenartiger Typus des allgemeinen menschlichen Rechts, das aus dem menschlichen Wesen überhaupt zu schöpfen ist. In welchen Widerspruch sich zudem die historische Schule mit dieser Auffassung der Volksthümlichkeit des Rechts dadurch gesetzt hat, daß sie, in unpassender Vergleichung mit der Verbreitung des Christenthums (welches als Religion an sich schon eine allgemeine menschliche Tendenz hat), die Reception des römischen Rechts begründen und dasselbe als eine Art Offenbarungs-, ja als „Weltreich" darstellen wollte, ist schon öfter, neuerdings wieder von Ihering hervorgehoben worden. Das Hauptverdienst der Schule bleibt, den Sinn für die geschichtliche Betrachtung und Behandlung des Rechts überhaupt geweckt und lebendig erhalten zu haben. Das geschichtliche Moment bildet jedoch nur eine Seite des Rechts; so wenig dasselbe blos in starre logische Formen gebannt werden darf, so wenig darf man dasselbe in das stete Werden, in den Fluß der Geschichte stellen; die Bewegung muß auf einer bleibenden festen Grundlage vor sich gehen. Die theologische Schule erkannte hier richtiger, daß alle Lebens- und Rechtsgestaltung einen festen Ruhepunkt haben müsse. Wie Platon die Zeit das bewegliche Bild der Ewigkeit nannte, so ist auch alle Rechts- und Staatsentwickelung im Flusse der Zeit auf ewige Grundlagen des Rechts zurückzuführen. Endlich ist der organische Charakter des Rechts- und Staatslebens von der historischen Schule nur nach einzelnen Momenten, in dem wichtigsten Punkte gar nicht, begriffen worden. Abgesehen davon, daß sie, wie Schelling, das Ethisch-Organische in seinem vorwaltenden Charakter der Freiheit nicht gehörig vom Natürlich-Organischen und seinem Gesetze der Nothwendigkeit unterschied, so wurde einerseits zwar das Recht als eine organische Function im gesammten Culturleben und der Staat als eine organische Gestalt des Volkslebens bezeichnet, aber es wurden weder das Wesen dieser Function, noch die Grundzüge dieser Gestalt dargelegt; andererseits ist die Schule bei der Betrachtung der

organischen Entwickelung des Rechts- und Staatslebens auf halbem Wege stehen geblieben. Sie hat richtig erkannt, daß das Recht wie alle Culturgebiete, besonders wie die Sprache, zuerst eine mehr unbewußte Schöpfung eines Volksgeistes ist, daß in einer ersten Periode das Volks-Ganze selbst als der rechtsbildende Factor und Träger des Rechts in der Bildung des Gewohnheitsrechtes wie in der Gesetzgebung und in der Urtheilssprechung erscheint, daß in einer zweiten Periode sich besondere Organe bilden, die vornehmlich in dem Juristenstande als Repräsentanten des Rechtsbewußtseins sich kund geben und nun dieser Juristenstand der eigentliche Träger der Rechtsbildung wird. Bei dieser Periode, deren Charakter auch für unsere Zeit in Anspruch genommen wurde, ist die Schule stehen geblieben und die dritte höhere, den eigentlichen organischen Abschluß bildende Periode ist gar nicht begriffen worden. Gerade im wahren und vollen Begriffe des Organismus liegt aber, daß nicht nur in einem Ganzen allmählig sich für die verschiedenen Lebensfunctionen besondere Organe bilden, sondern daß diese Organe, wenn sie sich auch längere Zeit in einer einseitigen geschichtlichen Entwickelung vom Ganzen abheben, doch mit dem Ganzen wieder in innige Beziehung zu setzen sind. Daraus folgt dann, daß die Staatsgewalt, welche, als Centralorgan, sich oft mit dem Staate identificirte, und daß der Juristen- oder Beamtenstand, welcher sich als den vollgenügenden Repräsentanten des Rechts- und Staatsbewußtseins betrachtete, doch in einer dritten Periode, ohne ihre selbstständige Stellung zu verlieren und in der Volksgesammtheit unterzugehen, durch alle Nerven in allen wesentlichen Functionen, in der Gesetzgebung, in der Verwaltung und Rechtspflege, Civil- und Criminalrechtspflege, durch geordnete Mitwirkung einer Volksrepräsentation oder volksthümlicher Elemente zur richtigen lebendigen Vermittelung mit dem Volksbewußtsein verknüpft werden müssen. Diese Vermittelung in richtiger und vollkommener Weise zu erzielen, ist jetzt die vornehmste praktische Aufgabe im Rechts- und Staatsleben, und der Standpunkt der historischen Schule, die in so sonderbarer Weise ein Organ für den ganzen Organismus, den Theil für das Ganze setzen wollte, überwunden. Das Geschichtliche bleibt stets eine wesentliche Seite alles Rechts, muß aber mit der philosophischen Auffassung zu einer philosophisch-geschichtlichen Grundanschauung von Recht und Staat verknüpft werden.

Etwas früher als die eigentliche historische Schule war, in speculativer Richtung, eine Opposition gegen den Subjectivismus der vorhergehenden Naturrechtslehre von Schelling (1775—1854) angebahnt worden, der schon in den Vorlesungen über das akademische Studium (1802) den Formalismus der Kant'schen Juristen, „das Schnappen nach einzelnen Begriffen", anstatt einer höheren Totalauffassung scharf rügte und vor allem auf die Nothwendigkeit einer organischen Auffassung des Rechts und Staates hinwies, wenn gleich dieselbe in den Hauptpunkten sehr unklar blieb. Dagegen wurde von Hegel (1770—1831) eine durchgebildete Lehre von Recht und Staat aufgestellt, welche einen tief eingreifenden Einfluß auf die Entwickelung der Rechts- und Staatsansichten ausgeübt hat. So wie das System Hegels eine eigenthümliche Verbindung des Schelling'schen und Fichte'schen Systems ist, indem das Absolute nicht als ruhende Substanz, sondern als ein dialektischer Proceß der Selbstentwickelung vom höchsten Sein an sich, durch die äußere Erscheinung der Natur und durch die Verinnerlichung im Geiste, in der höchsten menschlichen Vernunft bis zum Selbstbewußtsein aufgefaßt wird, so werden auch Recht und Staat als Stadien in diesem Entwickelungsprocesse begriffen, und Hegels Lehre hat mit der historischen Schule den Grundcharakter gemein, Recht und Staat in den Fluß der Entwickelung zu stellen, allerdings mit dem großen Unterschiede, daß an die Stelle des Volksgeistes und Volksbewußtseins der absolute Weltgeist und das absolute Bewußtsein tritt, und daß, was besonders hervorzuheben ist, Hegel sich nicht mit dem allgemeinen Bewußtseinsbegriffe begnügt, sondern die verschiedenen Stadien der Lebens- und Bewußtseinsentwickelung auch im Rechte und Staate nach

grundbestimmenden Momenten oder Kategorien darzulegen unternimmt. Ohne hier näher in diese Lehre einzugehen, müssen wir doch den Grundgedanken hervorheben, durch welchen der Subjectivismus überwunden werden soll, daß nämlich wie in der Welt überhaupt, so auch in der Entwickelung des Rechts- und Staatslebens das Walten einer allgemeinen göttlichen Vernunft in einer objectiven, den Dingen und Verhältnissen selbst innwohnenden, Logik begriffen werden soll, die sich auch unbewußt als die herrschende Macht kund gebe und den wahren Allgemein-Willen bilde, den Rousseau (s. Hegels Philosophie des Rechts S. 314) vergeblich gesucht habe. Eine so große Bedeutung wir auch diesem Gedanken beilegen müssen, so ist doch darauf hinzuweisen, daß in dem Hegel'schen Systeme, bei seinem im wesentlichen pantheistischen Charakter, im Menschen die Persönlichkeit als ein, vom göttlichen Wesen unterschiedenes, ewiges und über den Tod hinaus bewußt fortdauerndes Princip keine Anerkennung findet und dadurch in der Rechts- und Staatslehre eine, der früheren subjectiven Richtung entgegengesetzte, Einseitigkeit, in der die ganze Entwickelung der menschlichen Gesellschaft beherrschenden objectiven und absoluten Vernunft zur Geltung gebracht wird. Daraus ergaben sich denn auch mit strenger Consequenz die bekannten Sätze: daß alles, was vernünftig, wirklich, und alles, was wirklich, vernünftig ist, indem der menschlichen Freiheit gar kein Spielraum für etwaige Abirrungen gelassen wurde. Das Recht, welches der Sphäre des objectiv gewordenen Geistes angehört, wird von Hegel als die „Idee der Freiheit, als Verwirklichung der Freiheit überhaupt" gefaßt, darin gesetzt, daß ein Dasein überhaupt: Dasein des freien Willens ist. Abgesehen davon, daß diese Freiheit mit Nothwendigkeit von der göttlichen Vernunft verwirklicht wird, hat die Kant'sche Auffassung eine wesentliche Aenderung dadurch erfahren, daß das Recht nicht mehr eine Schranke für die Freiheit, sondern die Freiheit selbst in der Idee sein soll; allein wenn der Begriff des Rechts bei Kant zu eng, so ist er von Hegel zu weit gefaßt und dabei übersehen worden, daß das Recht nicht die Freiheit selbst als das sittliche Vermögen, sondern stets eine Regelung der Freiheit, in negativer oder positiver Hinsicht oder in beiden Momenten zugleich ist, die Richtschnur und der Modus der Regelung aber gar nicht angegeben ist. In der Staatslehre Hegels kann man, wie in dessen Lehre überhaupt, den Abschluß einer großen philosophischen und Culturepoche erblicken. Die neuere Epoche beginnt in der Philosophie mit dem Selbstbewußtsein (cogito, ergo sum) des Cartesius, bekundet in ihrem ganzen Verlaufe das Streben der Menschen und Völker, zu einem klareren Bewußtsein ihres Wesens, ihrer Freiheit und aller der Freiheit gesetzten Ziele zu gelangen, und im Systeme Hegels erhält die Philosophie die Aufgabe, den Bildungsgang des durch die Natur und die geistige Welt sich entfaltenden, in der menschlichen Vernunft sich für sich selbst zusammenfassenden, Selbstbewußtseins Gottes darzulegen; ebenso beginnt auch die neuere Gesellschaftsentwickelung damit (s. S. 18), daß der Staat, als der dynamische Mittelpunkt der ganzen gesellschaftlichen Bewegung betrachtet, mit der Gesellschaft selbst meistens identificirt wird, auch im Fortgange der geschichtlichen Entwickelung das vornehmste Ziel aller Bestrebungen und Reformen bildet, im Hegel'schen Systeme aber gleichfalls eine Apotheose erhält, indem der Staat als die einheitliche, alles, auch Religion und Kirche, in sich abschließende und überragende Spitze der ganzen Gesellschaft, „als göttlicher Wille, als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist" aufgefaßt und ausdrücklich verlangt wird, daß man über der Idee des Staates nicht besondere Staaten, sondern vielmehr die Idee, diesen wirklichen Gott, für sich betrachte. Die Forderung des germanischen Geistes, die zuerst der Kurverein zu Rense (1338), dann bestimmter Luther (s. unsere Rechtsphilosophie, 1869, S. 91) formulirt hatten, daß der Staat als eine unmittelbare göttliche Ordnung erkannt werden solle, wurde durch Hegel in einer das Göttliche

und Menschliche überhaupt identificirenden, pantheistischen Weise erfüllt. Diese Grundauffassung Hegels konnte nur zu einer, die Selbstständigkeit und Freiheit der besonderen Lebens- und Culturgebiete im hohen Grade gefährdenden, Staatsallmacht führen, und ebenso mußte die Lehre von dem dialektischen, auch das ganze Rechts- und Staatsleben ergreifenden, Entwickelungsprocesse des absoluten Geistes alle festen Principien, alle ursprünglichen, natürlichen Rechte preisgeben und gleichfalls in den Fluß der Entwickelung stellen. Hegel hat zwar den Staat und die in ihm thätige bürgerliche Gesellschaft unterschieden, aber nirgends sind feste Grundsätze zur Regelung des Verhältnisses des Staates zu allen anderen gesellschaftlichen Lebens- und Culturgebieten aufgestellt. Socialismus lag sicherlich dem Gedanken Hegels fern; aber in seinem Systeme ist demselben grundsätzlich kein Riegel vorgeschoben. Daraus erklärt es sich, daß Lassalle (in seinem jedenfalls sehr beachtenswerthen Werke: System der erworbenen Rechte u. s. w., 2 Bde 1861) von der Grundanschauung Hegels ausgehen und, alles dem Entwickelungsproceß unterwerfend, das Dasein wohlerworbener Rechte leugnen konnte, und daß er später in anderen, auf das volkswirthschaftliche Gebiet sich beziehenden Schriften, die aus der Staatsomnipotenz abgeleiteten Principien aufstellte, welche Zweck, Macht und Wirkungskreis des Staates gänzlich verkennen, dem Arbeiterstande ungebührliche Ansprüche an den Staat verleihen und die jetzige, noch immer sich ausbreitende bedenkliche, Bewegung in einem Theile des Arbeiterstandes hervorgerufen haben. Auch die Unbestimmtheit, welche ein großes System hinsichtlich wichtiger Fragen bestehen läßt, ist schädlich, und es kommt gewöhnlich eine Zeit, wo sie in ihren üblen Folgen hervortritt.

Das Hegel'sche System kann, wie bemerkt, als der Hochpunkt in der ganzen geistigen Entwickelung der neueren Zeit seit Cartesius betrachtet werden. Die Auflösung des Systems ist seit längerer Zeit eingetreten und das Bedürfniß einer neuen Grundlegung der Philosophie von vielen Seiten erkannt. Schon in der Blüthezeit der Schelling'schen und Hegel'schen Speculation wies Krause (1781—1832) auf die Nothwendigkeit hin, die Kant'sche Arbeit durch eine strenge analytische Durchforschung des gesammten, in dem Bewußtsein sich wiederspiegelnden, Erfahrungsgebietes als nothwendige Unterlage für den mit dem höchsten Princip, Gott, beginnenden synthetischen oder metaphysischen Theil wieder aufzunehmen. Es ist hier nicht der Ort, dieses System näher zu charakterisiren (s. unsern Art.: Krause im „Staatswörterbuche" und im „Staatslexikon"). Da aber die folgende Darstellung der philosophischen Rechts- und Staatslehre sich auf dieses System stützt, diese Entwickelung jedoch von den metaphysischen Principien abzusehen und in rein analytisch-psychologischer und ethischer Betrachtung des menschlichen Wesens die Erkenntniß der Rechtsidee zu gewinnen hat, so muß wenigstens als ein Grundcharakter dieses Systems hervorgehoben werden, daß in der menschlichen Persönlichkeit ein ewiges und unsterbliches, von Gott unterschiedenes, geistiges Princip bewußten Lebens begriffen, aber in innige Beziehung zu Gott und zu der ganzen objectiven Welt- und Lebensordnung gesetzt, daß ferner die Geschichte mit dem gesammten Erfahrungsgebiete wieder als ein selbstständiges Wissensgebiet aufgefaßt, jedoch mit den in Vernunftforschung gewonnenen ideellen Principien zu einer ideal-realen Wissenschaft verknüpft wird. Auch das Recht wird metaphysisch als ein in Gott gegründetes Princip, die Rechtsordnung als ein Bestandtheil der göttlichen Welt- und Lebensordnung begriffen, und diese höhere ethisch-organische Auffassung scheint uns den Charakter der oben bezeichneten neuen geschichtlichen Periode zu bilden, in welcher die Rechts- und Staatsordnung als eine göttliche und zugleich menschlich-freie, in geschichtlicher Entwickelung und unter dem Einflusse der gesammten menschlichen Cultur fortschreitende, Ordnung begriffen wird, in welcher das Recht die Auf-

gabe hat, in dem großen Gesammtorganismus des in Religion, Sittlichkeit, Wissenschaft, Kunst und Wirthschaft sich gestaltenden Güterlebens die Bedingungen der Verwirklichung der Lebenszwecke der Einzelnen und der Gemeinschaft zu normiren.

3. Rechtsphilosophische Entwickelung des Princips des Rechts und des Systems der Rechts- und Staatswissenschaft.

Der Ausspruch Cicero's, daß aus dem innersten Wesen des Menschen die Lehre vom Recht geschöpft werden müsse, ist, wie die Uebersicht über die Geschichte der Rechtsphilosophie gezeigt hat, von den verschiedenen Systemen bis jetzt nur nach einzelnen Richtungen befolgt worden. Nicht aus dem vollen und ganzen Wesen und den darin begründeten Lebensverhältnissen, sondern aus einzelnen Trieben und Kräften, nach einzelnen Seiten und Zwecken hat man das Recht zu begreifen und zu bestimmen gesucht. Ein höherer Standpunkt ist im allgemeinen in neuerer Zeit dadurch gewonnen worden, daß man die Grundlage des Rechts in der Ethik erkannt und das Recht demnach in innige Verbindung mit dem ganzen Güterleben, mit dem Endziele des menschlichen Daseins und mit allen dadurch gegebenen praktischen Zwecken und Bestrebungen gesetzt hat. Aber so erfreulich es ist, in dieser ethischen Richtung den höheren Zug wahrzunehmen, der wenigstens die Philosophie des Rechts ergriffen hat, so bleibt doch noch immer die wichtigste Aufgabe bestehen, sich über die Ethik selbst und die ganze ethische Auffassung des Lebens zu verständigen und dem Rechte die richtige Stellung im Ganzen der ethischen Ideen anzuweisen. Zu diesem Zwecke muß aber jede philosophische Untersuchung auf die Betrachtung des menschlichen Wesens zurückgehen, da alle praktischen Lebensideen ihren Grund in der Natur und der Bestimmung des Menschen und der menschlichen Lebensverhältnisse haben. Diese Betrachtung, der auch der Rechtsgelehrte, wenn er irgend etwas tiefer in das Wesen des Rechts eindringen will, sich nicht entschlagen kann, wollen wir hier in den Grundzügen andeuten (s. ausführlicher die neue deutsche Ausgabe unserer Rechtsphilosophie von 1869, Wien, Gerold).

Es ist eine alte Anschauung, daß der Mensch sich vom Thiere durch die Vernunft unterscheidet, aber immer von neuem sucht sich der Irrthum in der Behauptung geltend zu machen, daß der Geist des Menschen überhaupt nur eine Steigerung der Thierseele, die Vernunft nur die zur höchsten Ausbildung gebrachte sinnlich empfindende Kraft sei. Aber die Vernunft ist durchaus als eine neue Kraft höherer Art zu begreifen, welche das ganze Leben des Menschen durchdringt und ihn zu einer qualitativ verschiedenen Stufe der Erkenntniß und des Wirkens erhebt. Diese Vernunftkraft bethätigt sich zunächst in drei Richtungen: in dem inneren, das ganze Denken, Fühlen und Wollen einheitlich zusammenfassenden, Selbstbewußtsein des Ich, wodurch der Geist sich vom ganzen Universum abhebt und sich für sich selbst als einen absoluten festen Punkt, als Persönlichkeit, erfaßt: in der Erkenntniß der alle Erscheinungen und Thatsachen in der physischen und geistigen Welt zur Harmonie und Einheit zusammenfassenden unveränderlichen Gesetze: und in der Zurückführung alles Seins und Lebens auf einen höchsten Grund im Absoluten, Gott. Schon das Ich-Bewußtsein, das innere Selbstvernehmen, die Fähigkeit des menschlichen Geistes, nicht einfach zu empfinden, Vorstellungen und Begierden zu haben, wie die blos thierische Seele, sondern alle diese Acte wiederum zum Gegenstande einer höheren Betrachtung und Beurtheilung machen zu können, bezeugt das Dasein der zweiten höheren Kraft, der Vernunft, die, schon nach streng naturwissenschaftlicher Methode, von jedem unbefangenen Psychologen angenommen werden muß. Denn so wie der Naturforscher

erkennt, daß keine einfache Kraft auf sich selbst zurückwirken, sondern nur durch eine zweite Kraft eine Einwirkung erfahren kann, ebenso wenig kann der Psychologe annehmen, daß eine einfache Empfindung, Vorstellung auf sich selbst zurückgehen, sich zum Gegenstande ihrer eigenen Beurtheilung machen kann, und ist genöthigt, auch hier eine zweite Kraft anzuerkennen. Die Vernunft gibt sich sodann kund in der Erkenntniß der Gesetze, zu der kein Thier sich erheben kann, und in der Zurückführung alles Seins auf ein Absolutes. Nun wird zwar vielfach behauptet, daß der menschliche Geist gar nichts Absolutes, Unendliches, Ewiges zu erfassen oder zu denken vermöge; aber diese Ideen bilden so sehr einen Grundbestandtheil alles menschlichen Denkens, daß sie überall, wo das Nachdenken sich entwickelt, hervortreten und selbst der Materialist sich ihrer nicht entschlagen kann. Ein Absolutes, Ewiges muß jeder Geist annehmen; ist es nicht der absolute ewige Gott, so ist es die ewige Materie, ist es nicht ein absolutes Höchstes, so ist es ein absolut Letztes, das Atom, und es kommt daher nur darauf an, die Idee des Absoluten in der vollen Wahrheit zu erfassen. So zeigt sich die Vernunftkraft als das höhere Vermögen, wodurch der Geist sich selbst in seiner Einheit, die Welt in ihrer gesetzlichen, harmonischen Ordnung und in ihrem einheitlichen Grunde in Gott begreift und zugleich als die Harmoniekraft, durch welche der Mensch sich in Harmonie mit Gott, mit den Gesetzen und Kräften der Welt und mit seinesgleichen in der gesellschaftlichen Lebensordnung zu erkennen vermag.

Als höhere Vernunftideen, die sich auf die ganze Lebensbethätigung beziehen, offenbaren sich in unserem Bewußtsein die Ideen des Wahren, Schönen, Guten, Sittlichen und Rechten. Diese Ideen sind alle Harmoniebegriffe, indem eine jede derselben, in besonderer Art und Richtung, eine Harmonie des menschlichen Geistes mit dem Wesen der Dinge und Verhältnisse ausdrückt, die Wahrheit die Uebereinstimmung oder die Harmonie des subjectiven Denkens mit dem objectiven Sein, das Schöne eine Formenharmonie, das Gute eine Harmonie unseres Wollens und Handelns mit dem Wesen des Gegenstandes oder des Verhältnisses, auf welches es sich bezieht, das Sittliche eine Uebereinstimmung der subjectiven Motive mit dem objectiven Guten, das Recht endlich eine objective Regelung aller Lebensverhältnisse in Uebereinstimmung mit den Bedingungen des Mit- und Füreinanderseins in der Gemeinschaft. Unter diesen Ideen zeigt sich aber sofort der wichtige Unterschied, daß das Wahre sich auf das Denken und Erkennen bezieht und Denkgesetzen folgt, das Schöne Phantasie und Gefühl ergreift und ästhetischen Gesetzen unterliegt; dagegen das Gute, Sittliche und Rechte unmittelbar Forderungen an das Wollen und Handeln stellen, und daher schon psychologisch durch die Einheit desselben Vermögens, sowie durch die Gemeinsamkeit des ethischen oder Sittengesetzes verknüpft werden. Ohne hier schon auf den Unterschied der drei letzten Ideen einzugehen, ist nur die wichtige Thatsache hervorzuheben, daß überhaupt alle Vernunftideen in Harmonie sein sollen und sich ebenso gegenseitig, wie die entsprechenden geistigen Vermögen, auf einander beziehen, daß demnach das Gute auch wahr und schön ist, und alle anderen Ideen Güter sind, insofern sie als ein Gegenstand für das Wollen und Handeln als Willenszweck gesetzt werden. Das Gute bildet daher den ethischen Centralbegriff, der alles befaßt, was und insofern es nach irgend einer Seite für den Willen erstrebenswerth ist.

Das Princip des Guten und der Güter ist daher der gemeinsame Grundbegriff, das Band und der Ausgangspunkt für alle Wissenschaften des praktischen Lebens. Man ist neuerdings bestrebt, die Beziehung des Rechts zur Nationalökonomie und zum ganzen wirthschaftlichen Leben näher zu erforschen. Ein sicheres Resultat wird aber nur erzielt werden, wenn ein gemeinsames verknüpfendes Princip in dem Begriff des Guten erkannt wird. Gut ist nach der Nationalökonomie alles, was zur Befriedigung eines menschlichen

Bedürfnisses anerkannt brauchbar ist. Roscher verlangt, daß es ein „wahres" Bedürfniß sei und unterwirft dadurch die Frage, ob ein Bedürfniß wahr, d. i. im Einklange mit der vernünftigen Natur und Bestimmung des Menschen sei, einer höheren ethischen Betrachtung. Schon nach dieser Definition ist das Recht ein Gut, weil die Regelung der Lebensverhältnisse ein wesentliches Bedürfniß ist. Der Mensch ist überhaupt nach allen Seiten das bedürftigste Wesen, weil er Sinn, Gefühl, Trieb für alles, für das Höchste und auch für das Niedrigste hat; sein Leben ist ein fortgesetztes Streben, die Schranken seines Daseins stets zu erweitern, in dem vollen unendlichen Sein und Leben sich stets zu ergänzen und zu vervollkommnen. Das menschliche Leben ist daher ein unausgesetztes Güterleben und Güterstreben, welches aber durch die Vernunft eine harmonische Gestaltung und Ordnung erhalten soll.

Das Recht bildet einen wesentlichen Bestandtheil in dieser Güterordnung. Um aber die Natur, Stellung und Aufgabe dieses besonderen Theiles im Ganzen des Güterlebens richtig zu erkennen, muß dieses Gebiet selbst in seiner Totalität erfaßt und im Ganzen des Güterorganismus diejenige ethische Function nachgewiesen werden, welche das Princip und die Aufgabe des Rechts bildet. Nur durch eine solche wissenschaftliche Methode, welche vom Ganzen in die Theile geht, kann der ganze und volle Begriff des Rechts gewonnen werden. Dabei ist aber auch die Nothwendigkeit hervorzuheben, daß der Begriff des Guten aus dem vollen Wesen des Menschen geschöpft und daß die Güterordnung in ihren Haupttheilen nicht blos subjectiv nach den geistigen Vermögen, nach Willensverhältnissen oder gar nach solchen einzelnen Seiten, wie wirthschaftliches Leben, Bildungsleben, gesellschaftliches Leben u. s. w., die sich gar nicht ausschließen, sondern nach den wichtigsten subjectiven und objectiven Momenten zugleich bestimmt und eingetheilt werden muß.

Betrachten wir diese Güterordnung, so erkennen wir an der Spitze Ein allgemeines, alle besonderen Güter in sich enthaltendes und zu höherer Einheit und Ausgleichung verknüpfendes Gut, welches in der vollen harmonischen Darbildung des göttlich-menschlichen Wesens, des Menschheitideals, der Humanität im vollen Sinne des Wortes besteht. Dieses oberste Gut bildet den gemeinsamen Menschheitszweck, ist Maßstab, Richtschnur und ausgleichender Mittelpunkt für alle besonderen Zwecke, ist der höhere Geist, der alle anderen Kreise der menschlichen Thätigkeit durchdringen soll. Daher darf aber auch kein besonderer Zweck, wie hoch er sein möge, z. B. die Religion, in der gesellschaftlichen Ordnung an die Spitze gestellt werden. Auch die Religion ist nur ein Theilzweck und muß sich mit allen anderen Lebensgütern, Wissenschaft, Kunst u. s. w., in der vollen Idee des Einen Menschheitszwecks ausgleichen. Dieses Eine und allgemeine Gut gliedert sich nach zwei Richtungen, einerseits in die Güter, welche durch die ursprünglich in der menschlichen Persönlichkeit wurzelnden Eigenschaften, Vermögen oder Kräfte und persönlichen Verhältnisse gegeben sind, wie die Güter des Lebens, der geistigen und leiblichen Gesundheit und Integrität, der Würde und Ehre, der Freiheit, der Treue u. s. w., welche insofern sie Gegenstand der Willensthätigkeit, auch Güter sind; andererseits gliedert sich das Eine Gut nach den Gütern, die durch die Grundverhältnisse bestimmt sind, in welche der Mensch vermittelst seiner subjectiven Vermögen mit allem objectiven Sein und Leben tritt. Diese Güter, die wir hier nur kurz andeuten können, sind: die Religion als die in das ganze Gemüth aufgenommene Lebensverbindung des Menschen mit Gott, die sich in der Liebe Gottes und alles Göttlichen wiederspiegelt; die Wissenschaft als die geistige Besitzergreifung alles Seins und Lebens, als die Aneignung desselben nach der allgemeinen Seite durch entsprechende allgemeine Begriffe und Ideen; die Kunst, welche im relativen Gegensatze zur generalisirenden Wissenschaft die Ideen und Begriffe zu concreten Gestaltungen individua-

lisirt und selbst zwiefacher Art ist, die schöne Kunst, welche das Schöne als Formen=harmonie, zugleich in Harmonie der Form mit dem darin ausgedrückten Gehalte und in höchster Hinsicht in Harmonie mit allem Wahren und Guten, als Selbstzweck bildet, und die nützliche Kunst, welche diejenigen Güter erzeugt, die höheren Gütern zu dienen bestimmt sind und hauptsächlich den durch Urproduction und die Gewerbe geschaffenen Güterreichthum begreift; endlich die in verschiedener Art zu vollziehende Vereinigung von Wissenschaft und Kunst, von welcher Unterricht und Erziehung das wichtigste Gebiet bilden. In diesen Gütern und Güterzwecken würde sachlich der Inhalt des Guten erschöpft sein, da die drei Grundbeziehungen des Menschen zu allem Sein und Leben, nach der höchsten göttlichen, nach der allgemeinen und nach der individuellen Seite, darin ihren Ausdruck gefunden haben. Aber es gibt in formeller Hinsicht noch zwei Grund=verhältnisse, in welchen alles Gute an sich und in seinen verschiedenen Zweigen nach der Form oder der Modalität erscheint, in welcher es verwirklicht wird. Diese formellen Güter und Zwecke sind die Sittlichkeit und das Recht. Beide Begriffe können nur in scharfer Hervorhebung und Festhaltung der charakterisirenden Momente festgestellt und unterschieden werden. Der wesentliche und durchgreifende Unterschied liegt aber darin, daß die Sittlichkeit alles Gute nach den subjectiven Triebfedern, Motiven er=greift, während das Recht alles Gute nach seiner objectiven Erscheinung und Ge=staltung in den sich gegenseitig bedingenden Wechselverhältnissen des Lebens erfaßt, die Sittlichkeit also verlangt, daß das Gute und alles Gute, welches seinen letzten Grund in Gott, dem Absoluten hat, auch unbedingt um des Guten willen, die Pflicht um der Pflicht willen gethan, also der höchste Seinsgrund des Guten zum Bestimmgrunde des Willens werde. Bei dem Begriffe der Sittlichkeit ist aber vor allem darauf zu dringen, daß man nicht diesen Begriff, wie es so häufig in der Rechtswissenschaft geschieht, mit dem des Guten überhaupt verwechsele, sondern daran festhalte, daß das Gute der ob=jective und sachliche Gesammtbegriff für alle Arten der Befriedigung wahrer mensch=licher Bedürfnisse ist, die Sittlichkeit aber stets nur die Triebfedern würdigt. Schon im gewöhnlichen Bewußtsein tritt dieser Unterschied hervor. Eine Handlung kann an sich gut sein, wenn z. B. eine Unterstützung gereicht wird, da wo das Bedürfniß vorliegt, sie kann aber unsittlich sein, wenn sie nicht zum Zwecke des Wohlthuns, sondern aus irgend einer selbstsüchtigen Absicht, aus Ostentation u. s. w. erfolgt. Andererseits kann die Absicht rein=sittlich sein, aber sich in dem Guten an sich irren. In ähnlicher Weise stellt sich das Gute und auch das Sittliche zum Rechte. Eine Handlung kann an sich gut und auch sittlich, aber nicht in rechtlicher Form geübt sein. Die volle ethische For=derung geht dahin, daß alles Gute auch in sittlicher und rechtlicher Weise geübt werde; diese drei Momente können jedoch auch auseinanderfallen. Ihering bezeichnet die Be=stimmung des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit als das, nur mit großen Schwie=rigkeiten und mit der Gefahr des Scheiterns zu umsegelnde, Cap Horn der Rechtswissen=schaft; aber die erste Bedingung ist, daß man für einen guten Compaß Sorge trägt, sich nicht von unklaren, schwankenden Begriffen hin und her treiben läßt, sondern auf der wissenschaftlichen Fahrt unverrückt die Richtung verfolgt, die durch einen genau bestimmten Begriff vorgezeichnet ist (s. über das Verhältniß von Recht und Moral unsere Rechts=philosophie von 1869). Was nun aber das Recht selbst betrifft, so stellt sich dasselbe zunächst, in relativem Gegensatze zur Sittlichkeit, als die zweite Form oder Modalität der Verwirklichung des Guten und aller Güter dar. Während in der Sittlichkeit das Gute in seiner höchsten Beziehung zum Absoluten erscheint und seine entsprechende Ver=wirklichung in der Unbedingtheit des subjectiven Motivs findet, faßt das Recht alles Gute nach seiner bedingten Seite auf, nach seiner objectiven Verwirklichung in allen

Verhältnissen des menschlichen Lebens, die aber, weil keines absolut ist und sich selbst genügt, alle in ihrer Wechselbestimmung sich gegenseitig bedingen, sowohl beschränken als fördern, einer Regelung durch ein Princip bedürfen, welches die Bedingungen der objectiven Verwirklichung des Guten und aller Güter in allen menschlichen Lebensverhältnissen normirt. Diese Lebensverhältnisse, welche selbst ein zusammenhängendes, in einander eingreifendes Ganzes, ein System, eine Ordnung bilden, erhalten aber ihre praktische Gestaltung in zwei Arten von Kreisen, 1) in den, die natürliche und geistig-sittliche Seite zugleich vereinigenden, natürlich-sittlichen Persönlichkeits-Kreisen, in der Abstufung der Einzelnen, der Ehe und Familie, der Gemeinde, des Stammes, Volkes und Völkervereins, 2) in den verschiedenen Güter- oder Cultur-Kreisen, in denen sich das Güterleben in Religion, Wissenschaft, Kunst u. s. w. gestaltet. Diese in der ethischen Lebensordnung und ihren beiden hauptsächlichsten Kreisen gegebenen und sich allseitig bedingenden Persönlichkeits- und Güterverhältnisse erheischen ein Princip der Regelung und Ordnung, welches durch das Recht gegeben ist, in seiner Vollständigkeit zwar erst noch in der Zukunft durchzuführen ist, aber in wesentlichen Richtungen mit der geschichtlichen und erfahrungsmäßigen Gestaltung der Rechtsidee im Einklange ist. Wird dieses, nicht nach einigen äußerlichen Betrachtungen aufgegriffene, sondern aus dem Ganzen der Lebens- und Güterverhältnisse, wenn auch hier nur in gedrängter Kürze, abgeleitete Rechtsprincip in seiner Totalität erfaßt und festgehalten, so wird man dadurch Einheit und Klarheit in das ganze System bringen und nicht blos die bisherigen besonderen Begriffe für die verschiedenen Materien darnach bestimmen, sondern auch wichtige Fragen und Aufgaben dadurch lösen können. Das Princip des Rechts ist also eine Norm oder Regelung der Bedingungen aller durch Freiheit bestimmten Willenshandlungen für die geordnete Verwirklichung des Guten und aller Güterzwecke des Einzelnen und der Gemeinschaft, und erscheint überall, wo durch die Ordnung der Lebensbeziehungen der Menschen unter einander eine Forderung der negativen oder positiven Willensthätigkeit als eine objectiv erkennbare Bedingung zur Erhaltung, Bewahrung, Förderung, Fortbildung, oder Mittheilung und Uebertragung eines Gutes gestellt wird. Dieses Princip haben wir nach den wichtigsten Seiten in der Kürze noch etwas näher zu betrachten, um darnach die Aufgabe des Rechts und des Staates, das System der Rechtsverhältnisse und der Staatsverwaltung in den maßgebenden Momenten zu bestimmen.

Auf den ersten Blick zeigt sich der große Unterschied zwischen dieser und der Kant'schen Auffassung des Rechts als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür der Einen mit der Willkür aller Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen bestehen kann," indem die Kant'sche Theorie, wie wir hervorgehoben haben (S. 28), eine abstracte Freiheitslehre ist, in der die wesentliche Beziehung der Freiheit zum Güterleben des Einzelnen und der Gemeinschaft, welches die eigentliche Aufgabe, Richtschnur und mögliche Begrenzung für die Freiheit bildet, gar nicht zur Geltung gelangt ist. Ueber dieses Kant'sche Rechtsprincip sind die meisten neueren Rechtsphilosophen (auch Stahl) und insbesondere die positive Privatrechtswissenschaft nicht hinausgekommen. Für das öffentliche Recht hat man längst die Nothwendigkeit erkannt, den Zweck des Staates nicht auf die Sicherung der Freiheit zu beschränken, sondern eine (in ihrer Art näher zu bestimmende) Fürsorge für das Wohl, d. i. für das gesammte Güterleben darin aufzunehmen. Das Privatrecht faßt nun allerdings vorwaltend die persönliche Freiheit ins Auge, gestattet einem Jeden, um mit Friedrich d. Gr. zu reden, nach seiner Façon selig und auch glücklich zu werden, und läßt ihn daher vor allem für sein Wohl selbst Sorge tragen; aber die Freiheit tritt doch immer in Beziehung zu Objecten, die, näher betrachtet, sich

sofort als Güter oder Güterverhältnisse erweisen und nach der Art und Weise, wie sie einen erlaubten Zweck für die Freiheit bilden, einer rechtlichen Regelung bedürfen. Alle Auffassungen, welche das Recht vom Güterleben abtrennen und es zudem oft noch, mit Kant, ganz negativ und limitativ als ein Princip der Beschränkung oder Begrenzung bestimmen, müssen als ungenügend bezeichnet werden. Wenn Stahl in einer ganz unzutreffenden, schiefen Weise die Moral auf das Einzelleben (Einzelethos), das Recht auf das Gemeinleben (Gemeinethos) beziehen will, da doch das Recht sich ebenfalls auf das Einzelleben und die Moral auch auf das Gemeinleben bezieht, und dann dem Rechte nur die Aufgabe stellt, die sittliche Idee eines jeden Instituts „in ihrer äußersten Grenze" zu wahren, oder wenn Savigny (System des h. röm. Rechts Bd. I S. 114) das Recht als „die Regel bezeichnet, wodurch die unsichtbare Grenze bestimmt wird, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen (?) einen sicheren freien Raum gewinnt", so ist einerseits gar kein höherer Maßstab angegeben, nach welchem die unvermeidlich überall auftretenden Grenzstreitigkeiten geschlichtet werden könnten, und andererseits ist das Recht ganz abgetrennt von dem, den Stoff und das Ziel aller rechtlichen Verhältnisse bildenden, Gütergehalte aufgefaßt worden. Daraus ergibt sich auch, daß die Savigny-sche Definition eines Rechtsverhältnisses (a. a. O. Bd. I S. 333) als „der Beziehung zwischen Person und Person durch eine Rechtsregel bestimmt", durch die vollständigere und genauere: „das Rechtsverhältniß ist eine Beziehung zwischen Person und Person in Bezug auf ein Gut (als Object, Sache oder Handlung) für einen erlaubten Zweck, erzeugt durch eine (vom menschlichen Willen entweder abhängige oder unabhängige) Thatsache, geregelt nach allen bestimmenden (bedingenden) Momenten durch eine Rechtsnorm," ersetzt werden muß. Es muß daher nothwendig in die volle Bestimmung dieses Begriffes das Moment des Guts und des darauf sich beziehenden guten, erlaubten Zweckes aufgenommen werden.

Richtig ist dagegen seit längerer Zeit von den angesehensten Rechtsgelehrten (Savigny, Stahl, Beseler, Thöl u. A., s. meine juristische Encyclopädie S. 45) erkannt worden, daß das Recht nicht ein materiales, sondern ein formales Princip ist, zur Regelung von Verhältnissen zwischen Person und Person in Bezug auf ein Gutsobject u. s. w. dient, d. i. von Lebensverhältnissen überhaupt besteht, die den Inhalt oder den Stoff bilden, welcher durch das Recht formell geregelt wird. Man hat erkannt, daß dem „gesammten Rechte ein unermeßlicher, durch die Lebensverhältnisse gegebener Thatbestand und jedem einzelnen Rechte ein einzelner Thatbestand" (Thöl) zu Grunde liegt. Aber man ist bei diesem zu abstracten Begriffe des Lebensverhältnisses stehen geblieben, ohne die genauere Einsicht zu gewinnen, daß diese Lebensverhältnisse, insofern sie Gegenstand des Rechts werden, nach der einen oder anderen Seite subjective oder objective Güter und Güterverhältnisse sind. Auch die Frage, welche entstehen mußte, ob alle Lebensverhältnisse oder nur eine bestimmte Art derselben einen Stoff zu Rechtsverhältnissen abzugeben vermöchten, hat bis jetzt, in Folge der abstracten Auffassung und der viel zu vagen Unterscheidung des Sittlichen und Rechtlichen, keine auch nur annähernde Lösung gefunden. Man hat das Gewicht auf den Unterschied zwischen Innerem und Aeußerem gelegt, darauf hingewiesen, daß Verhältnisse, welche in der innern Sittlichkeit begründet und beschlossen sind, z. B. Dankbarkeit, nicht ein Gegenstand rechtlicher Regelung werden können. Hätte man bei der Sittlichkeit das charakteristische Moment der Triebfeder festgehalten, so würde man das unterscheidende Moment gefunden haben; der Begriff des Innern ist dazu nicht ausreichend, weil das Innere sich auch vielfach durch äußere Handlungen bekundet, und bei der Beurtheilung dieser Handlungen, die ein Rechtsobject werden können, vielfach auf das Innere zurückgegangen werden muß, wie sich das besonders im Strafrecht

zeigt, und weil selbst an sich sittliche Verhältnisse, wie Dankbarkeit, wenn sie sich in Handlungen äußern, wenigstens in negativer Hinsicht ein Gegenstand rechtlicher Regelung sein können, wie dies z. B. die rechtlichen Bestimmungen über den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit beweisen. Jede objectiv erkennbare, oder durch bündige Schlußfolgerung zu ermittelnde, Handlung fällt daher in das Rechtsgebiet, und nur die in der Endabsicht liegende Triebfeder ist an sich demselben fremd und kann nur in gewissen Fällen, wenn sie an sich gut war, aber durch die objective Handlung das formelle Recht verletzt wurde, ein Milderungsgrund bei dem Ausmaße der Strafe werden. Unter das Rechtsprincip fällt daher alles, was eine, durch eine Sache oder objectiv erkennbare Handlung gegebene, Bedingung für einen Lebens- und Güterzweck ist, insofern diese Bedingungen selbstverständlich für den Willen gestellt werden, wenn sie auch nach ihrer Ursache unabhängig von demselben sind. Das eigentlich specifische Moment im Rechtsbegriff ist daher die Bedingung im weitesten rechtlichen Sinne des Worts. Die Lehre von den Bedingungen ist bekanntlich eine der schwierigsten in der Rechtswissenschaft, der Begriff selbst und die Ausdehnung desselben noch streitig, das Bedürfniß jedoch, denselben zu erweitern und ihn nicht mehr auf die s. g. eigentlichen, sondern auch direct auf die s. g. uneigentlichen Bedingungen auszudehnen, in neuerer Zeit (Fitting) immer sichtbarer hervorgetreten. Wir müssen für das Rechtsgebiet, als einen allgemein-gültigen, nur nach den verschiedenen Arten der Verhältnisse zu gliedernden, Begriff, die Definition in Anspruch nehmen, daß „Bedingung im allgemeinsten Sinne jede Abhängigmachung (oder Bestimmung) eines Willens von einem objectiv erkennbaren Umstande für einen erlaubten Zweck" ist, und dann nach der Art der Abhängigmachung oder der Bestimmung eines Willens, je nachdem diese Bestimmung durch die Wesenheit eines Verhältnisses, oder durch die gewöhnlichen Vorkommnisse oder durch Privatwillkür gesetzt ist, die oberste Eintheilung der Bedingungen aufstellen, die bei den Rechtsgeschäften in der bekannten Eintheilung in essentialia, naturalia und accidentalia negotii wieder hervortritt. Ohne hier weiter in die Erörterung der formellen Momente des Rechtsbegriffes einzugehen, können wir jedoch nicht umhin, aus der durch die Wissenschaft gewonnenen Unterscheidung der objectiven Lebens- oder Güterverhältnisse als dem sachlichen Bestandtheile, der dann formell durch das Recht zu regeln ist, die für das Studium des Rechts wichtige Nutzanwendung eindringlich hervorzuheben, daß die Rechtswissenschaft, wenn sie nicht ein von den treibenden Kräften und den maßgebenden Zielen der ganzen Lebens- und Güterbewegung abgetrenntes, wenn auch fein durchbildbares Formenwerk betreiben will, sich auf die entsprechenden, die Kenntniß der sachlichen Lebens- und Güterverhältnisse gewährenden, ethischen und ökonomischen Hülfswissenschaften stützen muß. Die Bedeutung der Nationalökonomie für die juristische Behandlung der so sehr in den Vordergrund tretenden wirthschaftlichen Güterverhältnisse wird jetzt mehr und mehr erkannt; aber das Güterleben befaßt auch die höheren Güter der geistigen Bildung überhaupt, die Religion, die Wissenschaften und Künste, und wenn dieselben auch zunächst für das Privatrecht ohne bestimmenden Einfluß zu sein scheinen, so sind sie doch im öffentlichen Rechte ein wichtiger Gegenstand der staatlichen Culturverwaltung und verlangen ein eingehendes Studium.[1])

---

[1]) Wie steht es aber auf den deutschen Universitäten mit dem Studium der die Quellen der höheren Bildung im Geiste erschließenden Philosophie, der Rechtsphilosophie, der Geschichte, des öffentlichen Rechts, der eigentlichen Krönung des ganzen Rechtsbaues in der Wissenschaft und im Leben? Jeder Kenner der Zustände an den deutschen Rechtsfacultäten wird gewiß das Urtheil gerechtfertigt finden, daß diese Zustände einen großen Mangel in der Bildung des jugendlichen Geistes verrathen, von dem zwar, in Bezug auf historische Kenntniß beseitigter oder bei uns nie praktisch gewesener Verhältnisse und Einrichtungen, wohl weniger verlangt werden könnte, dem aber oft selbst die einfachste Orientirung über sein eigenes geistiges Leben, über politische und

Nachdem wir das Rechtsprincip an und für sich im Ganzen der Lebens- und Güterverhältnisse nachgewiesen haben, erübrigt uns noch, die Aufgabe des Rechts nach den wesentlichen Functionen oder Richtungen etwas näher zu bestimmen.

Das Recht hat, wie gezeigt, die allgemeine Aufgabe, alle objectiv erkennbaren Lebens- und Güterverhältnisse nach den Bedingungen für vernünftige Zwecke zu regeln. Diese Regelung muß sich also nach der Wesenheit oder Natur des Gutsobjects, nach dem in einem Verhältnisse oder Institute ausgedrückten oder verfolgten Zwecke und nach allen, das Verhältniß näher charakterisirenden bedingenden Momenten richten. Handelt es sich z. B. um die rechtliche Bestimmung des Kaufvertrags, so ist die Natur der den Gegenstand im Kaufe bildenden Güter (Sachgüter, nicht Handlungen), ferner der im Kaufe, im Unterschiede von anderen Geschäftsobligationen (z. B. vom Tausche, vom Darlehn), verfolgte Verkehrszweck zu erkennen und zu bestimmen, und, außer den allgemeinen Bedingungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit auf Seiten des Verkäufers und Käufers, die Bedingung, daß die Sache überhaupt im Verkehre sei u. s. w., festzustellen. Für alle wesentlichen Verkehrszwecke gibt es entsprechende, durch den Zweck selbst in ihrem Wesen charakterisirte rechtliche Institute, die durch ein Ganzes von wesentlichen, natürlichen und gewillkürten Bedingungen bestimmt oder bestimmungsfähig sind. Aber die Verkehrs-Vermögenszwecke bilden nur einen, wenn auch äußerlich am sichtbarsten hervortretenden, Theil des ganzen Systems der menschlichen Lebensgüterzwecke in den persönlichen und objectiven Güterkreisen, und das Ganze dieser Lebenszwecke ist gleichfalls nach seinem Bestande, Schutze, Förderung von einem entsprechenden Ganzen von Bedingungen abhängig, die für positive oder negative Willenshandlungen gestellt sind. Für das große ethische System der Lebens- und Güterzwecke organisirt sich daher, längere Zeit hindurch in mehr unbewußtem Vernunfttriebe, später im deutlichen Bewußtsein, das System der Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, und nach dem ganzen großen Bau der menschlichen Lebens- und Güterordnung bestimmt sich und schreitet fort der Bau der Rechtsordnung, die das ganze menschliche Leben durchzieht und zu einem in allen seinen Theilen sich gegenseitig bestimmenden und bedingenden, sich stützenden und fördernden Ganzen macht. Auch das Recht kann von sich sagen, daß nichts Menschliches, insofern es in die Erscheinungswelt tritt, ihm fremd ist; aber deshalb soll sich auch der Rechtsgelehrte mit allem Menschlichen, mit dem ethischen System der Lebens- und Güterzwecke bekannt machen.

Diese Regelung oder Ordnung der Lebens- und Güterverhältnisse muß aber auch nach den Personen und Personenkreisen, den Trägern dieser Verhältnisse, bestimmt werden und es ergeben sich aus dem Begriffe der Ordnung oder des ethischen Organismus drei wesentliche Functionen des Rechts und der rechtlichen Thätigkeit, die in den Gebieten des Privat- und öffentlichen Rechts gleichmäßig zur Anwendung kommen. Ordnen überhaupt heißt, ein Ganzes in der inneren relativen Selbstständigkeit der Theile nach ihrer theils beschränkenden, theils fördernden Wechselwirkung und in ihrer

---

Culturgeschichte und über die öffentlichen Verhältnisse abgeht. Möge bald die Zeit kommen, wo die deutschen Rechtsfacultäten in dieser Hinsicht nicht mehr hinter ausländischen, wie in Holland, Belgien und in Oesterreich, zurückstehen und dann auch ihren Namen, wie in diesen Ländern, in Facultäten der Rechts- und Staatswissenschaften umändern. Vergl. auch Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1869, Bd. III, 2. S. 345 ff.

Von wissenschaftlichem Standpunkte müssen wir an dem tiefen Wahrheitskern festhalten, der in der römischen Definition unserer Wissenschaft ausgedrückt ist, daß sie divinarum ac humanarum rerum scientia sei; sie erfaßt wenigstens die göttlichen und menschlichen Dinge von der rechtlichen Seite, und muß auch das Recht in diesen Quellen lebendig erhalten. Die tiefer gehende Rechtsphilosophie hat auch, was hier nicht geschehen konnte, den wesentlichen Zusammenhang des Rechts mit der ganzen, in Gott gegründeten, sittlichen Welt- und Lebensordnung nachzuweisen (s. unsere Rechtsphilosophie, Allg. Theil).

Beziehung zum grundbestimmenden Ganzen erkennen und regeln. Das Ganze ist die Staatsordnung, welche sowohl die Privatrechts- als die öffentliche Rechtsordnung in sich begreift und für alle Theile in Verfassung, Gesetzgebung und Vollziehung die bestimmenden Principien feststellt. Aber in diesem Ganzen hat das Recht in allen Gebieten in den angedeuteten Richtungen drei wichtige Functionen auszuüben, welche man die Regelung der Bedingungen der Selbstbestimmung oder der Autonomie, der Coexistenz und der gegenseitigen Förderung oder Assistenz nennen kann.

1. Eine jede physische oder (wie wir in Bezug auf den ethischen Zweck und zur Vermeidung des oft zu eng gefaßten Begriffs der juristischen Person lieber sagen) moralische Person hat von Rechts wegen einen selbstständigen Lebens- und Wirkungskreis in Anspruch zu nehmen, in welchem sie in freiem Schalten und Walten nach eigenem Ermessen ihre Lebens- und Güterverhältnisse für alle durch die Vernunft erlaubten Zwecke bestimmen kann. Dieses Recht der Selbstbestimmung oder der Autonomie im weitesten Sinne (welche man im Privatrecht gewöhnlich in zu engem Sinne als das Recht gewisser Personen zur Aufstellung bindender Rechtsnormen auffaßt) gilt allgemein für alle Gebiete des Privat- und öffentlichen Rechts; es besteht für die physische Person, welche für die eigene Gestaltung ihres Lebens in ihrem inneren persönlichen und häuslichen Leben (Hausrecht) wesentliche Rechte in Anspruch nimmt, ebenso für die Familien, die Gemeinden, Kreise, Provinzen und für den Staat selbst als die höchste sittlich-rechtliche Persönlichkeit, und eventuell als Glied eines höheren Staatenvereins; und dieses Recht ist nicht minder für die Culturkreise der Kirche, Schule, der Wirthschaft u. s. w., sowohl durch das Recht der Selbstgesetzgebung, als insbesondere in dem Rechte der Selbstverwaltung geltend zu machen. Der Ruf nach Selbstverwaltung ertönt jetzt in allen vom Bewußtsein der persönlichen Freiheit ergriffenen Lebenskreisen, und das Recht der Autonomie oder Selbstverwaltung, als die allgemeinste Grundfunction des Rechts, muß durch die Rechtsphilosophie in die Wissenschaft des Privat- und öffentlichen Rechts eingeführt werden.

2. Die zweite Function des Rechts liegt in der Regelung der Bedingungen der Coexistenz, des freien Handelns der Menschen bei Verfolgung ihrer erlaubten Lebenszwecke. Auf diese Function ist das Recht in der Wissenschaft fast ausschließlich beschränkt worden, obwohl sie im öffentlichen Rechte zur Bestimmung des Rechtszwecks des Staates längst als ungenügend erkannt worden ist. Das römische Recht, sowie das ältere, vom isolirten Zustande des Menschen ausgehende Naturrecht und die in Deutschland lange Zeit so weitverbreitete Kant'sche Rechtstheorie (S. 27) haben sich die Hand gereicht, um dieses Coexistenzialprincip als eigentliches Rechtsprincip, wenigstens im Privatrechte, aufrecht zu erhalten. Die Rechtsauffassung hat ihre Wurzel in einer in wesentlicher Hinsicht irrigen Grundanschauung des menschlich-gesellschaftlichen Zustandes. Im Widerspruche mit der natürlichen und sittlichen Wirklichkeit, welche wenigstens seit Adam keine unmittelbare Entstehung der Einzelnen kennt, sondern sie aus einer natürlich-sittlichen Gemeinschaft hervorgehen läßt, hat die Rechtswissenschaft nur die Einzelnen als solche, als das Prius, zum Ausgangspunkt genommen, die menschliche Gesellschaft ganz atomistisch nur als einen Aggregatzustand an einander gelegter Individuen aufgefaßt und das Princip der Gemeinschaft und der dadurch gebotenen gegenseitigen, nothwendigen und freiwilligen, Förderung als etwas dem Rechte Fremdartiges betrachtet. Allein, wenngleich vom Gesichtspunkte unserer Gesellschafts- und Rechtsentwickelung, zum Zweck der Beseitigung der vielen mittelalterlichen Bande und Gemeinschaftsverhältnisse, die Nothwendigkeit anzuerkennen ist, daß einmal in scharf ausgeprägter Form das Princip des Selbst- und Für-Sich-Seins und Handelns allen Anderen gegenüber zur Geltung kam und daß zu diesem Zwecke das

römische Recht gute Dienste geleistet hat, so ist doch das Princip der Gemeinschaft und der Förderung, dem auch das römische Recht vielfach Zugeständnisse, wenn auch oft nur aus Nützlichkeitsrücksichten, hat machen müssen, für alle ethischen, rechtlich zu normirenden Lebenszwecke anzuerkennen und hervorzuheben.

3. Diese dritte Function des Rechts, die wir einfach als die der gegenseitigen Förderung der Lebenszwecke bezeichnen, ergibt sich so sehr mit Nothwendigkeit aus der, mit der Bildung des Einzelnen und der Gesellschaft sich erhöhenden, gegenseitigen Abhängigkeit und Hülfsbedürftigkeit, daß einer der wichtigsten Bestandtheile des Privatrechts, das Obligationen- und insbesondere das Vertragsrecht darin, seine eigentliche Quelle hat. Die Bedürfnisse, sagte Portalis (Disc. prélim. pour le Code civ.), nähern die Menschen einander, und die Verträge mehren sich mit den Bedürfnissen. Die Verträge bestehen, damit jeder mit Sicherheit auf das zählen könne, was er als ein auch die Zukunft bedenkendes Vernunftwesen für einen erlaubten Zweck sich ausbedungen hat, und die Verpflichtung zur Treue, über die so viel im Naturrechte verhandelt worden ist, ist einfach als die rechtliche Bedingung und Form zur Ermöglichung eines vernünftigen menschlichen Lebensplans in Erstrebung erlaubter Zwecke zu betrachten. Doch über diese Art der einseitigen oder gegenseitigen Förderung durch Verträge ist gar kein Streit, wenn auch die Verträge zu sehr nur von der Seite der subjectiven Willensbethätigung aufgefaßt werden. Aber der Streit bewegt sich auf beiden Gebieten des Rechts, im Privat- und öffentlichen Rechte um die Frage, im Privatrechte, ob und in wie weit ein förderndes Eintreten des Einen für einen Anderen, außerhalb von Vertragsverhältnissen, sei es in unberufener freiwilliger oder in gebotener Weise, rechtlich normirt werden soll; im öffentlichen Recht, in welcher Art der Staat nicht blos rechtlichen Schutz, sondern auch alle Lebenskreise in Verfolgung ihrer Zwecke zum Wohl des Ganzen und ihrer selbst zu fördern hat. Abgesehen vom öffentlichen Rechte, auf welches wir noch einmal bei der Eintheilung der Rechtswissenschaft zurückkommen müssen, haben wir hier als maßgebendes Princip aufzustellen, einerseits, daß der Staat in allgemeiner Fürsorge für alle Personen, die nach der Natur der Zustände oder Verhältnisse nicht selbst mit Vernunft handeln können, für physische Personen (wegen Alters, Geisteskrankheit u. s. w., wie für juristische Personen) Vertretung durch Vormundschaft, Curatel, Procuraführung u. s. w. anzuordnen hat, andererseits aber auch, daß ein Jeder berechtigt ist, nicht nur, unter bestimmten Verhältnissen, sich der Geschäfte eines Anderen anzunehmen, sondern auch zu Gunsten dritter Personen sich Leistungen versprechen zu lassen. Bekanntlich hat das römische Recht die Fälle der ersten Art hauptsächlich durch die prätorische negotiorum gestio normirt; in den Quellen heißt es einfach, sie sei utilitatis causa eingeführt worden und auch Stahl macht vornehmlich diesen Gesichtspunkt geltend, was ihm von Seiten Lassalle's (System der erworbenen Rechte, Bd. 1. S. 119) die herbe Bemerkung zugezogen hat, daß man, um die Gajanische Ansicht abzuschreiben, keine Rechtsphilosophie zu schreiben brauche. Aber über den rechtlichen Verpflichtungsgrund des Geschäftsherrn gegen den unberufenen Geschäftsführer herrscht noch immer Meinungsverschiedenheit; der Grund darf aber in nichts gesucht werden, was in Bezug auf das wirkliche objective Verhältniß eine innere Unwahrheit in sich schließt, nicht in der Fiction eines Mandats, in einer Ratihabition, in einer Bereicherung des Geschäftsherrn (die öfter gar nicht eintritt) u. s. w., er ist allein in dem objectiv vernünftigen, guten, auf die Angelegenheiten eines Anderen gerichteten Willen des Geschäftsführers zu suchen. Durch die Vernunft sind die Menschen gleich; wo daher ein Mensch sie nicht zu äußern vermag, kann ein anderer in allen solchen Fällen, wo ein vernünftiges Handeln in einer bestimmten Richtung mit Gewißheit angenommen werden kann, für den anderen handeln. Die Gewißheit besteht jedoch nur da, wo es

darauf ankommt, Schaden abzuwenden, während über den Nutzen und die Art, ihn sich zu verschaffen, die Ansichten sehr verschieden sein können. Daher können die Principien der eigentlichen negotiorum gestio nur für die Fälle der vernünftig beabsichtigten Schadensabwendung zur Geltung kommen, während andere Fälle unter andere Kategorien von Rechtsverhältnissen (z. B. Bereicherung) fallen. Wir haben an dieser wichtigen Streitfrage nur zeigen wollen, wie die lebenswahre Ansicht von der vernünftigen, einseitigen wie gegenseitigen, freiwilligen wie nothwendigen, Förderung der Lebenszwecke auch das maßgebende Princip für die rechtliche Bestimmung dieser Verhältnisse ist. Indem wir absehen von anderen Fällen, wie im Strafrecht, wo der Staat Jedem die Verpflichtung auferlegen soll, Andere von dem Vorhaben eines sie bedrohenden Verbrechens zu benachrichtigen oder Anzeige an die Obrigkeit zu machen, insoweit dies ohne Gefahr für ihn selbst oder seine Angehörigen möglich ist, wollen wir nur noch darauf hinweisen, daß überhaupt diese drei Functionen des Rechts, welche die drei wesentlichen Richtungen in der Regelung der menschlich-gesellschaftlichen Lebensordnung ausdrücken, aus dem Begriffe der Ordnung selbst fließen, und in der ganzen Rechts- und Staatswissenschaft drei wichtige orientirende Principien bilden.

Betrachten wir nach dieser Erörterung des Princips des Rechts die Eintheilung des Rechts und der Rechtswissenschaft nach ihrer Gliederung in die hauptsächlichsten Gebiete, so tritt uns die bis jetzt obenan gestellte Eintheilung in Privat- und öffentliches Recht entgegen. Wir haben anderwärts (Juristische Encyclopädie 1857, S. 117—142 und 553—564) ausführlich nachzuweisen unternommen, daß diese, wenn gleich hochwichtige Eintheilung nur eine formelle ist, auf ein höheres Princip zurückgeführt und durch eine sachliche, materielle Eintheilung ergänzt werden muß. Auch von Held (Staat und Gesellschaft 1861, Bd. 1. S. 581) ist hervorgehoben worden, „daß in einem organischen Staate der gesammte Rechtszustand so sehr ein Ganzes bildet, daß es wenigstens ebenso wichtig ist, die Einheit des Privatrechts und des öffentlichen Rechts festzuhalten, wie ihre Verschiedenheit nicht zu übersehen." In Bezug auf diesen ersten wichtigen Punkt müssen wir aber mit Nachdruck darauf hinweisen, daß diese Einheit nur in einem Principe des Rechts gefunden werden kann, welches für beide Rechtstheile gemeinsam, gleich maßgebend und ausgiebig bestimmend ist. Wird dagegen, wie es bisher der Fall gewesen ist, das Rechtsprincip für das Privatrecht so eng gefaßt, daß es im öffentlichen Rechte für die Bestimmung des Staatszwecks ganz unzureichend ist und hier zu anderen Principien die Zuflucht genommen werden muß, so kann, schon von rein logischem Gesichtspunkte aus, von einer Einheit der Rechtswissenschaft nicht die Rede sein. Aber die wirkliche Einheit der Rechtsordnung und das höhere wissenschaftliche Bedürfniß verlangt, daß die beiden Rechtstheile nicht äußerlich an einander gelegt, sondern durch ein gemeinsames Princip verknüpft werden. Das Rechtsprincip, welches wir aufgestellt haben, ist geeignet, dieses Bedürfniß zu befriedigen, indem durch seine drei wesentlichen, vorher für das Privatrecht charakterisirten, Functionen ebenmäßig im öffentlichen Rechte die Regelung vollzogen wird.

Fassen wir jetzt die formelle Eintheilung in Privat- und öffentliches Recht in's Auge, so haben wir zunächst die früher (S. 5) gemachte Bemerkung zu wiederholen, daß auffallenderweise der Eintheilungsgrund wissenschaftlich noch gar nicht festgestellt ist, indem die bisher üblichen Unterscheidungen den Kernpunkt gar nicht treffen. Diese Thatsache wird dadurch erklärlich, daß bisher die Rechtswissenschaft fast ganz abstract behandelt, das Rechtsverhältniß nur nach den abstracten Kategorien von Subject und Object und nach den Thatsachen der Entstehung, aber nicht nach dem inliegenden und zusammenfassenden Zwecke bestimmt worden ist. Am leichtesten mußte erkannt werden, daß die Eintheilung sich nicht nach dem Objecte machen läßt, indem mehrfach dieselben Objecte, Sachen und

Handlungen, Gegenstand des Privat- und öffentlichen Rechts sein können. Dagegen hat man alle möglichen Wendungen versucht, um die Eintheilung an das Subject und zwar an den Gegensatz der Gesammtpersönlichkeit des Staates zu der Einzelpersönlichkeit und an ihre abstract aufgefaßten Verhältnisse anzuknüpfen. Aber einerseits ist hier öfter der Fall eingetreten, daß ausgezeichnete Juristen eine tautologische Definition gaben, wie wenn gesagt wurde, daß das Privatrecht „die Gesammtheit der Rechtssätze sei, welche die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen regeln, d. h, Verhältnisse normiren, in welchen die Personen als Vermögenssubjecte und als Familienglieder stehen" (s. unsere juristische Encyclopädie S. 555) und andererseits kann keine von diesem Gesichtspunkte aus gemachte Eintheilung genügend sein. Wenn wir z. B. als eine der genauesten die von Kierulff (Theorie des gem. Civilrechts Bd. 1. S. 6) gegebene Eintheilung näher betrachten, wonach „das Privatrecht der Inbegriff der Grundsätze ist, nach welchen die im Staate begriffenen Individuen (Privaten) im Verhältniß zu einander stehen", so tritt auch hier die gewöhnliche Grundansicht hervor, daß das Privatrecht sich auf die Verhältnisse der Einzelnen oder der Individuen als solcher beziehen soll; aber auch der Staat, die Provinzen, Gemeinden können in Privatrechtsverhältnissen stehen und müssen dann vor den gewöhnlichen Civilgerichten Recht nehmen, und ihrerseits stehen auch die Einzelnen, wie sogleich näher erhellen wird, in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen. Weil man aber den Staat und die Einzelnen abstract einander gegenüberstellte, so wußte man nicht, wenn man auch noch die Familienverhältnisse, in wenig passender Weise, unter die Kategorie der Einzel-Verhältnisse brachte, wohin man das so wichtige Recht der Gemeinde stellen sollte und man glaubte daher zuletzt (Bluntschli, Kritische Ueberschau, 3. Bd. S. 225, 1855), die Gemeinde als ein Mittelglied zwischen das Privat- und öffentliche Recht schieben, und sie als „eines jener Uebergangs- und Vermittlungs-Institute, welche aus dem öffentlichen Rechte ins Privatrecht hinüber leiten und den organischen Zusammenhang beider erhalten", betrachten zu sollen. Allein was hier von der Gemeinde gesagt ist, gilt mehr oder minder von allen anderen Gliederungen, an welchen öffentliches und Sonder-Interesse zugleich haften, von Kreisen und Provinzen, wie von organisirten Berufsclassen, z. B. Handels- und Gewerbekammern u. s. w. Die Vermittlung zwischen Privat- und öffentlichem Rechte ist nicht durch ein einzelnes Glied, welches doch nur eine mechanische Einfügung bilden würde, sondern durch alle Lebensnerven gegeben, welche von einem Mittelpunkte aus alle Glieder und Gliederungen nach zwei Seiten für die beiden Hauptzwecke ergreifen, die in dem Ganzen der rechtlich-sittlichen Lebensordnung sowohl nach der Seite des Ganzen in dem Gesammtzwecke, als nach der Seite der Glieder in den Sonderzwecken gegeben sind. Nur durch die Unterscheidung dieser beiden, in jedem Lebensorganismus hervortretenden Zwecke kann eine wirkliche organische Eintheilung des Rechts gemacht und zugleich die Einsicht gewonnen werden, daß beide Zwecke, ein jeder nur nach einer anderen Seite, alle Personen, physische und juristische (im weitesten Sinne) und alle Objecte ergreifen und daß daher Privat- und öffentliches Recht nur zwei Seiten des in dem Grundstamme der Personen und Personenkreise wurzelnden Rechtslebens sind. Diese aus dem Begriffe des Organismus des Rechtslebens fließende Auffassung ist auch im wesentlichen im Einklange mit den wirklichen Verhältnissen, die nur durch die schiefe Stellung, welche ihnen bis jetzt die Wissenschaft gegeben hat, nicht im rechten Lichte erkannt worden sind.

Wenn wir nach dieser organischen Grundanschauung der Rechtsordnung die Gliederung in Privat- und öffentliches Recht scharf zu bestimmen suchen, so ist Privatrecht das Ganze der Rechtsnormen, nach welchen alle Glieder der Staats- und Gesellschaftsordnung ihre Sonderzwecke als ihr Sonderwohl, in Selbstbestimmung durch sich

und für sich, erstreben können; das öffentliche Recht dagegen ist das Ganze der rechtlichen Normen, nach welchen der Gesammtzweck des Staates und jeder durch einen allgemeinen Hauptzweck (S. 38) vom Staate unterschiedenen und wesentlich selbstständig zu organisirenden Gesellschaftsordnung (z. B. der Kirche) von einer geordneten Macht, aber in organischer nach Recht und Pflicht bestimmter Mitwirkung aller Glieder vollführt wird.

Wichtige Folgerungen ergeben sich aus dieser Eintheilung. Alle inneren Glieder und Gliederungen einer höheren Staats- und Gesellschaftsordnung haben zunächst einen Privatrechtskreis. Dies ist auch, wenigstens grundsätzlich, praktisch anerkannt, wenn auch die gewöhnliche Definition entgegenstand, indem in Vermögensverhältnissen bei dem Staate nicht minder wie bei der Gemeinde ein Privatrechtsstandpunkt angenommen wird. Aber der Privatrechtskreis ist nicht auf das Vermögen zu beschränken, er begreift alle Verhältnisse, in welchen ein besonderer Lebens- und Rechtskreis im Unterschiede von dem höheren Ganzen selbstständig für seinen eigenen Zweck wirken kann; der Privatrechtskreis der Gemeinde befaßt daher den gesammten Wirkungskreis, in welchem die Gemeindebehörde für den Gemeindezweck und selbstständig handelnd auftritt, während die Gemeinde in dem (unpassend so genannten) übertragenen Wirkungskreise, als ein mitwirkendes Glied für die öffentliche Rechtsordnung und in öffentlich-rechtlicher Beziehung erscheint. Es muß hier genügen, diese Ansicht von Privatrecht nur anzudeuten, da sie wohl die wenigsten Bedenken hervorrufen wird. Von größerer Tragweite ist dagegen die über das öffentliche Recht aufgestellte Auffassung. Oeffentliches Recht besteht hiernach einerseits für den Staat in Bezug auf seinen Gesammtzweck, der sich selbst wieder, wie wir sehen werden (S. 55), in einen specifischen Rechtszweck für den Staat als Rechtsordnung und in einen allgemeinen, nach Rechtsnormen zu verfolgenden Culturzweck gliedert, so daß das öffentliche Recht des Staates sich in eigentliches Staatsrecht und in öffentliches Culturrecht (für Kirche, Schule, Wirthschaft u. s. w.) eintheilt; andererseits haben auch alle durch einen der wesentlichen Haupt- und Gesammtzwecke vom Staate unterschiedenen, organisirten oder noch zu organisirenden, gesellschaftlichen Culturordnungen wie die Kirche, die Schule, die Wissenschaft, Kunst und das wirthschaftliche Leben, ein öffentliches Rechtsgebiet, indem sie nicht nur nach einer wesentlichen Seite eine Regelung durch das öffentliche Culturrecht des Staates erhalten, sondern auch eine jede dieser Ordnungen für ihren Gesammtzweck ein selbstständiges öffentliches Verwaltungsgebiet in Anspruch zu nehmen hat. Für die Kirche ist dies fast allgemein anerkannt, indem das eigentliche Kirchenregiment von der staatlichen Kirchenhoheit wohl unterschieden wird; aber auch das ganze öffentliche Unterrichtswesen bedarf einer selbstständigeren Organisation mit eigener aus dem Lehrstande hervorgehender Vertretung, und die wirthschaftliche Ordnung spitzt sich nach oben zu in den einen öffentlichen Charakter an sich tragenden Handels- und Gewerbekammern (zu denen noch Ackerbaukammern hinzukommen sollen), und der Zug nach innerer freier Genossenschaftsbildung wird dieser wirthschaftlichen Ordnung, durch die Freiheit selbst, wiederum eine festere Gliederung, inneren Zusammenhang und engeres Zusammenschließen zu einem öffentlichen Ganzen geben.

Betrachten wir nun etwas näher das öffentliche Recht des Staates, so ist die bisherige Auffassung desselben nur das Spiegelbild unserer unerquicklichen staatlichen Zustände, in denen der theils durch geschichtliche Motive, theils durch das alte Naturrecht und das römische Recht herbeigeführte abstracte Staatsbegriff (S. 13) noch keineswegs überwunden und zu einer organischen Auffassung umgebildet worden ist. Wie der Staat sich von der lebendigen Gesammtheit abhob, sich in der Staatsgewalt mit dem dienenden Hülfspersonal concentrirte und sich dann, nach Auflösung oder Beseitigung aller inneren organischen Verbände, den atomistischen Einzelnen gegenüber stellte, so hat auch die bis-

herige Rechts- und Staatswissenschaft in ihrer Definition nur den Staat abstract als Herrschaftsgewalt den Einzelnen entgegengestellt, und diesen oft gar keine öffentlichen Rechte eingeräumt; aber der Staat ist kein caput mortuum, abgelöst von dem lebendigen Leibe des Volks; es ist die Volksseele, die sich im Staate eine rechtliche Ordnung schafft, erhält und fortbildet, und für den ganzen Volksorganismus, von dem Einzelnen an in allen abgestuften Gliederungen, zur Vollführung des Staatszwecks eine geordnete Mitwirkung bei allen wesentlichen Functionen der Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung verlangt. Auch der Einzelne hat daher ein öffentliches Recht, steht in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen, wie sich dies, der Wahrheit gemäß, in den durch die Verfassung für die Mitwirkung bei der Gesetzgebung und Vollziehung (actives und passives Wahlrecht, Geschwornen-Amt, Schöffen-Amt, öffentliche Freiheitsrechte u. s. w.) festgestellten Rechten kund gibt. Der Einzelne ist kein bloßer Privatrechtsmensch, sondern auch ein öffentliches Rechtswesen; er steht im Lichte und in der kräftigenden Atmosphäre des öffentlichen Rechts, die aber nur durch sorgsame Unterhaltung einer regen Strömung zwischen dem Ganzen und allen Theilen und Gliedern, durch Stärkung des Gesammtbewußtseins und Gesammtgefühls, in lebendiger Frische erhalten werden kann. Das praktische politische Leben erschließt sich mehr und mehr dieser Wahrheit, welche aber auch die Wissenschaft, durch Aufgeben einer unhaltbaren Abstraction, anzuerkennen hat. Wie der Einzelne, so hat auch die Ehe und die Familie eine öffentlich-rechtliche Seite, indem nicht nur der Staat im öffentlichen Interesse öffentlich-rechtliche Bedingungen bei der Eingehung wie bei der Auflösung der Ehe stellt, sondern indem auch die Familie, durch das längst vermißte Institut des Familienraths mit einer sich daran schließenden gründlichen Reform des Vormundschaftswesens, als ein auch in dieser Hinsicht organisirtes Glied in die öffentliche Rechtsordnung eingereiht werden muß; die Gemeinde ist ein Organ der öffentlichen Rechtsordnung sowohl nach den durch die Verfassung und Gesetzgebung geregelten Beziehungen zum Staate, als auch in dem sogenannten übertragenen Wirkungskreise, in dem sie als eigentliches Glied des Staates für Staatszwecke (Militärwesen, Wahlen, Steuererhebung u. s. w.) mitthätig ist. Ueber den öffentlich-rechtlichen Charakter der Kreise und Provinzen besteht kein Streit. So baut sich also die öffentliche Staatsordnung von der stets den innersten sittlichen Lebenskern aller Ordnung bildenden Einzelpersönlichkeit durch die Familie, Gemeinde, Kreis, Provinz hindurch bis zur Centralgewalt des Staates auf, der selbst wieder Glied eines höheren, in verschiedenen Formen möglichen Staaten-Ganzen sein kann. In der deutschen Wissenschaft ist vielfach der größere Staat als ein Staaten-Staat oder als ein stark centralisirter Bundesstaat aufgefaßt worden; Dahlmann nannte die Familie den „Urstaat"; Rotteck (Staatsrecht der const. Monarchie, Bd. 3, S. 26) betrachtete jeden größeren Staat als ein Staatensystem, insbesondere als „eine Vereinigung von Gemeinden, der Staaten im Kleinen, mit anderen Gemeinden und mit Einzelnen zum größeren Staat", und trat dadurch energisch der Ansicht entgegen (welche die badische Regierung 1819 in dem Entwurfe über die Gemeindeverfassung hatte geltend machen wollen), daß die Gemeinden „Staatsanstalten" seien. Im wesentlichen steht diese Ansicht im Einklange mit der Geschichte, mit der germanisch-föderativen und mit der philosophisch-organischen Auffassung des Staatswesens, und die Verhältnisse zwischen der Centralgewalt und den Gliederungen der Provinzen, Kreise und Gemeinden werden sich auch, nach unserer Ansicht, am besten regeln lassen, wenn man nicht von romanischen Herrschafts- und Centralisationsprincipien, sondern von germanisch-föderativer Auffassung ausgeht. Nach unserer Ueberzeugung wird sich der durch seine ganze Geschichte bewährte Grundcharakter unseres Volkes auch in seinem staatlichen Gesammtbau immer wieder geltend machen, und wir können daher von dem Glauben nicht lassen, daß, welche Uebergangsformen auch eintreten

mögen, die deutsche Gesammtverfassung einen wohlausgeprägten, das Recht und die Würde der großen deutschen Volksstämme wahrenden föderativen Charakter annehmen und darin die Garantie ihres Bestandes suchen muß. Eine solche Gesammtverfassung wird aber am besten vorbereitet, wenn die größeren Staaten, die größeren Landestheile, insbesondere die Provinzen, nach dem Princip organischer Selbstverwaltung constituirt werden. Aber auch, wenn wir ganz absehen von allgemeinen politischen Gründen und unser jetziges deutsches Staatswesen nach den vorhin entwickelten Grundsätzen betrachten, so haben wir die beklagenswerthe, an üblen Folgen reiche Thatsache zu constatiren, daß mit Ausnahme einiger kleinerer Staaten (Baden, Weimar) in allen deutschen Staaten der kräftige Mittelbau in den Provinzen und Kreisen fehlt, oder auf feudalständischem Gerüste steht, das nur ein Hemmschuh für eine gesunde politische Entwickelung sein kann. Wir besitzen im allgemeinen ein gesundes, nach richtigen Principien repräsentativer Selbstverwaltung organisirtes Gemeindewesen, und man ist mit mehr oder minder Glück bemüht, an die Spitze ein constitutionelles Dach über das Ganze zu setzen, aber das mittlere constitutionelle Gebäude, welches, der Centralgewalt gegenüber, eine kräftige Schutzwehr und die beste Bürgschaft für die gesammte Selbstverwaltung bilden würde, ist im Grunde gar nicht vorhanden. Wie ganz anders hat sich Belgien, der kleine, von mehreren Seiten so schief angesehene, constitutionelle Musterstaat des Continents organisirt, wo sofort nach dem neuen Gemeindegesetze eine vorzügliche Provinzialverfassung 1836 für die 9 Provinzen festgestellt wurde, welche nicht wenig dazu beigetragen hat, die friedliche politische Entwickelung in diesem, nicht blos Verschiedenheiten, sondern zum Theil scharfe Gegensätze in den Volksstämmen aufweisenden Lande zu erhalten. Diese Provinzialverfassung hat der italienischen Provinzialverfassung von 1865 und schon früher den 1861 in Oesterreich erlassenen Landtagsordnungen zum Vorbilde gedient. Möge man in Deutschland bald, zu größerer innerer Beruhigung, diesem Beispiele folgen, aber wohl bedenken, daß nicht eine Reorganisation der niedrigeren Mittelstufe des Kreises oder wie sie sonst genannt werden möge, sondern vor allen Dingen eine gute Organisation der obersten Mittelstufe, der Provinz, eine Nothwendigkeit ist, indem hier alle Fäden der Selbstverwaltung in dem höheren Mittelpunkte zusammenlaufen, und von hier die verschiedenen Gebiete der Culturpflege, insbesondere auch das Gebiet des höheren Unterrichts, welches durch eine allgemeine Centralbehörde nur gelähmt werden könnte, die beste, zum Theil in den Provinzen rivalisirende Fürsorge erhalten würden.

Kehren wir nach dieser Betrachtung, welche die Wichtigkeit unserer Grundansicht von der abgestuften Gliederung des öffentlichen Rechts auch praktisch in dem jedem Gliede zu gewährenden Antheile am öffentlichen Leben nachweisen sollte, zu unserem Gegenstande in der Schlußfrage zurück, wie denn die Grenze zwischen den Sonderzwecken und dem Gesammtzwecke im Staats- und Gesellschaftsleben, nach denen die Begriffe des Privat- und öffentlichen Rechts festgestellt werden sollen, zu ermitteln sei, so könnte die Erklärung, daß diese Grenze nicht nach unverrückbaren Momenten, sondern wesentlich in Rücksicht auf Charakter und Bildungsstufe eines Volkes zu bestimmen ist, als eine Schwäche unserer Theorie angesehen werden; allein, ebenso wie unser Rechtsbegriff, obwohl unwandelbar im Princip, doch ein Lebens- und Culturbegriff ist und sich auch der ganzen Entwickelung des Güterlebens anschmiegen muß, so ist auch die Grenzlinie zwischen den beiden formellen Theilen des Rechts eine im Flusse des Lebens und der Cultur sich verschiedentlich bestimmende Linie. Die Rechtsgeschichte der Culturvölker beweist auch, daß nach den verschiedenen Zeitaltern öffentliches und Privatrecht verschiedentlich abgegrenzt, im allgemeinen in den ältesten Zeiten beide Kreise eng in einander verschlungen sind, das Recht der Gemeinschaft jedoch das vorherrschende ist, das Privatrecht sich erst später bestimmter vom öffentlichen Rechte absondert, wenn das Bewußtsein der Einzelpersönlichkeit sich kräftigt

und ein Gebiet des freien Schaltens, besonders im Sachgütergebiete, im Eigenthums- und Erbrechte in Anspruch nimmt. Die Grenzlinie selbst wird also formell durch Sitte und Gesetzgebung gezogen. Als eine Grundbedingung für eine der Lebensanschauung, dem Charakter, dem ganzen Culturbewußtsein eines Volkes entsprechende Feststellung der Grenze zwischen öffentlichem und Privatrechte ist aber die Forderung festzuhalten, daß auch für diese wichtige Regelung der Grenzverhältnisse in allen Lebensgebieten die Mitwirkung aller Lebenskreise bei der Gesetzgebung und der Verwaltung organisirt werde.

Es würde uns jetzt erübrigen, nach der allgemeinen formellen Eintheilung noch etwas näher in den sachlichen Inhalt einzugehen; allein die für diese Einleitung gezogenen Schranken gestatten uns nur (indem wir für das Nähere auf unsere Rechtsphilosophie von 1869 verweisen) hier einige Andeutungen zu geben.

In den Fällen, wo in einer Wissenschaft eine zwiefache Eintheilung, sowohl vom Gesichtspunkte des Gehaltes, falls dieser maßgebend ist, als der Form möglich ist, muß, nach einer allgemeinen wissenschaftlichen Forderung, die sachliche Eintheilung vorangestellt und die formelle als eine Unterart der ersteren betrachtet werden, wenn nicht, was durchaus zulässig ist, für einen besonderen Zweck die formelle Eintheilung zu Grunde gelegt wird. Wir sind nun der Ansicht, daß auch in der Rechtswissenschaft der sachlichen Eintheilung die erste Stelle gebührt und glauben zudem, daß in der wirklichen Behandlung des positiven Rechtsstoffes die sachliche Eintheilung mehr vorherrscht, als die formelle, die man zwar als einen bequemen Rahmen beibehält, über welchen jedoch der Lebensgehalt immer mehr hinausdrängt. Will man eine sachliche Eintheilung zu Grunde legen, und den ganzen lebendigen Rechtsgehalt ins Auge fassen, so muß man diesen einerseits in die Lebens-Güter, und andererseits in die Personen-Kreise zerlegen, in welchen die Güter verwirklicht werden, indem zuvörderst die Güter im allgemeinen nach den darauf bezüglichen Rechten und Rechtsverhältnissen, sodann aber auch nach den verschiedenen Personenkreisen, denen sie unter mannichfachen Modificationen zukommen, zu betrachten sind. Fassen wir von diesem Gesichtspunkte aus das allgemeine Privatrecht ins Auge, so wird man erkennen, daß dasselbe sich in einer entschieden ausgeprägten Richtung der obigen Auffassung nähert, wenn gleich der Güterbegriff nicht als solcher erkannt und vollständig zur Geltung gebracht wird. Die Privatrechtswissenschaft wird jetzt fast allgemein als eine Lehre vom Vermögens-Rechte behandelt; Vermögen ist der Inbegriff der wirthschaftlichen, im Verkehr befindlichen, an Sachen oder äußeren schätzbaren Handlungen haftenden Güter und Güterverhältnisse; und das Vermögensrecht betrachtet dann diese Sachen und Handlungen, je nachdem sie der unmittelbaren Herrschaft einer Person unterworfen sind (wie dies jedoch nur bei Sachen möglich ist), oder durch eine an den Willen einer anderen Person gerichtete und durch denselben zu vermittelnde Forderung ihr unterstellt werden sollen. Das Vermögensrecht ist daher wirthschaftliches Güterrecht, welches auch, wie immer klarer erkannt wird, in Rücksicht auf die Grundbegriffe der Volkswirthschaft behandelt werden muß und, in geschichtlicher Hinsicht, die wichtigsten Umgestaltungen durch die großen volkswirthschaftlichen Umwandlungen erfahren hat. Aber das Vermögens-Recht ist nur ein Theil des allgemeinen Güterrechts; dieses begreift nicht nur die an äußeren Sachen und Handlungen haftenden Güter, sondern nicht minder auch die ursprünglich durch das Wesen der menschlichen Persönlichkeiten in ihren wesentlichen Zuständen, Eigenschaften und Verhältnissen gegebenen Güter und Güterverhältnisse, wie die Güter des Lebens, der geistigen und leiblichen Gesundheit, der Ehre, Freiheit u. s. w. Auch für diese Güter gibt es wesentliche Rechte, die für den Fall der Verletzung im Criminalrechte erörtert werden; sie erscheinen dann aber auf einmal in einem besonderen Theile, wo sie nur nach einer besonderen Seite betrachtet werden, ohne in einem allge-

meinen Güterrechte ihre richtige Stellung und eine allgemeine rechtliche Bestimmung, mit dem Hinweis auf die besonderen Wissenschaften gefunden zu haben, in denen diese Rechte nur nach besonderen Hinsichten und Zwecken (Criminalrecht, Polizeirecht, Staatsrecht) behandelt werden. Aber schon eine höhere methodische Forderung geht dahin, daß Grundbegriffe, welche in mehreren besonderen Theilen einer Wissenschaft zur Erörterung kommen, vorher eine gemeinsame Behandlung erfahren sollen, damit nicht, beim Fehlen des geistigen Bandes, nur die Theile in der Hand bleiben. Die positive Rechtswissenschaft hat sich bis jetzt den Zugang zu der richtigen Ansicht verschlossen, weil sie, obwohl einer ethischen Auffassung sich gern zuneigend, den ethischen Grundbegriff des Guts und der Güter nicht an die Spitze gestellt und als die allgemeine Grundlage behandelt hat. Vom Theile, dem Vermögen, gelangt man schwer zum Ganzen, dem Gute, wohl aber leicht vom Ganzen zum Theile. Die richtige Einsicht wurde zudem durch die abstracte Gegensetzung von Person oder Object und Subject oder Sache erschwert. Schon seit langer Zeit hat man erkannt (S. unsere juristische Encyclopädie S. 647), daß eine nach diesen, zunächst nur formell-logischen Begriffen gemachte Eintheilung in Personen-Recht und Sachen-Recht schief und irrig sein würde, indem ja alles Recht nur Personen zukommt, also wesentlich Personenrecht ist. Aber anstatt einen gemeinsamen Grundbegriff aufzusuchen, um darunter die im Personenrechte wirklich abzuhandelnden Rechtsmaterien zu stellen, legte man ein juristisch-anatomisches Messer an, trennte das edelste Glied von dem Rechtskörper ab, indem man behauptete, daß es kein Personenrecht gebe, daß die s. g. Personenrechte, z. B. die Freiheit, nur Momente oder Modificationen der Rechtsfähigkeit und daher im allgemeinen Theile abzuhandeln seien; dabei wurde dann wohl noch ein Seitenhieb auf das „alte Naturrecht" geführt, welches die Lehre von angeborenen, schon durch die menschliche Persönlichkeit gegebenen Rechten verbreitet habe. Nun, die Völker können Gott danken, daß das Rechtsbewußtsein noch andere Vertreter gehabt hat, als den civilistischen Juristenstand: allein es ist auch eine Aufgabe der Wissenschaft, das Rechte unter den richtigen Grundbegriff zu bringen.

1. Betrachten wir zunächst das allgemeine Güterrecht, um die richtige Eintheilung nach den Hauptarten zu bestimmen. Diese Güter sind die in dem Wesen der menschlichen Persönlichkeit ursprünglich gegebenen Güter des Lebens, der geistigen und leiblichen Gesundheit, der Integrität, der Ehre, der (rechtlichen) Gleichheit und Freiheit, so wie die höheren, unabhängig von einer äußeren Sache bestehenden Güter der Religion, Wissenschaft, sowie Kunst, Sittlichkeit. Diese Persönlichkeits-Güter bilden den ersten Theil des allgemeinen Güterrechts, sie sind die eigentlichen Zweck-Güter, für welche die an Sachen und äußeren Handlungen haftenden Güter nur Mittel, also Mittel-Güter sind. In diesem ersten Theile sind nun allerdings die auf diese Persönlichkeits-Güter bezüglichen Rechte nur kurz nach der theils privat-, theils öffentlich-rechtlichen Seite zu bezeichnen und ist für die weitere Entwickelung auf diejenigen Rechtstheile (Criminalrecht, Polizeirecht, Kirchenrecht, Staatsrecht u. s. w.) zu verweisen, wo alle oder einige dieser Rechte vorwaltend erörtert werden. Die Einfügung dieses ersten Theils in das allgemeine Güterrecht ist jedoch nicht nur eine wissenschaftliche Nothwendigkeit, sondern auch durch die höhere Hinsicht geboten, daß sowohl dem Lehrer als dem Lernenden der ganze volle Rechtsbau im Bewußtsein gegenwärtig sei und bleibe. Der zweite Theil des allgemeinen Güterrechts wird durch das Sachgüterrecht gebildet, das sich auf Güter und Zwecke bezieht, die an Sachen, als Gegenständen der unfreien Natur, haften und begreift das Eigenthum oder die besonderen dinglichen Rechte. Wie schon bemerkt, werden diese Güter bis jetzt nur ontologisch und naturalistisch, als Objecte betrachtet, aber sie sind ethisch und wahrhaft rechtlich als Güter und Güterverhältnisse

nach bestimmten Zwecken aufzufassen. So wie die innere Wahrheit der Dinge in der Regel einseitige Auffassungen durchbricht, so hat sich auch in dem Sachenrechte der Guts- und Zweckbegriff Geltung verschafft; denn man erkennt an, daß Sachen nur nach ihren Gutseigenschaften oder nach ihrer Nützlichkeit eine rechtliche Bedeutung haben, und man ist gleichfalls genöthigt, anzuerkennen, daß bei der Bestimmung mehrerer Arten von Sachen die Absicht (wie bei den vertretbaren und unvertretbaren Sachen) oder der Zweck (wie bei dem Begriffsganzen u. s. w.) entscheidend ist; aber bei weiterer Verfolgung dieses Gesichtspunktes wird man finden, daß der ethische Guts- und Zweckbegriff (wenn er sich auch auf eine Naturgrundlage, die natürliche Seite der Sachen, stützt), der eigentlich orientirende Grundbegriff bei der Bestimmung der Hauptarten von Sachen und auch geeignet ist, manche Schwierigkeiten, die sich in dieser Hinsicht noch im Civilrechte darstellen, angemessen zu lösen. Ueberhaupt ist das ganze Rechtssystem mit dem ethischen, allen Verhältnissen immanenten Zweckbegriff zu durchdringen. Der dritte Theil, das Obligationen-Recht, ist das unmittelbar auf Leistungen sich beziehende Recht, die aber sowohl Leistungen von Sachen, als von äußeren Handlungen sein können; es bezieht sich auf die Güterbewegung, auf die gesellschaftliche Gestaltung und den Verkehr der Güter. Die Obligationen entstehen entweder aus Zuständen, aus Geschäften, einseitigen oder zweiseitigen (Verträgen), oder aus Delicten. Vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte würde hier besonders darauf zu dringen sein, daß der so wichtige Vertragsbegriff nicht blos in Bezug auf das Privatrecht, sondern auch in Hinsicht auf das öffentliche Recht genau bestimmt und daß insbesondere der Unterschied zwischen ethisch-rechtlichen und vermögens-rechtlichen Verträgen (S. meine juristische Encyclopädie S. 704) nach ihren wichtigen praktischen Folgen hervorgehoben würde. Das Erbrecht bildet gewöhnlich den Schluß des allgemeinen Civilrechts, und obwohl dasselbe nach seinen beiden Hauptformen des testamentarischen und gesetzlichen Erbrechts mit den Kreisen der Einzelpersönlichkeit, und der Familie in näherer Beziehung steht und rechtsphilosophisch von diesen beiden Gebieten aus zu begründen sein würde, so kann dasselbe, abgesehen von diesen Grundlagen, doch auch aus dem wichtigen Gesichtspunkte des Uebergangs der Güter von Todes wegen betrachtet und als letzter Theil zu dem allgemeinen Güterrechte gestellt werden.

Dies sind die Haupttheile des allgemeinen Güterrechts. Aber dieses Güterrecht würde eine in der Luft schwebende Abstraction bleiben, wenn es nicht seine Stütze in den verschiedenen Persönlichkeitskreisen erhielte, in denen es eine nach der Natur dieser Kreise modificirte Anwendung findet. Das römische Recht, in dem civis romanus wurzelnd, hat sich nur als ein allgemeines Civilrecht ausgebildet, das deutsche Recht, auf der mittelalterlichen gesellschaftlichen Gliederung beruhend, wurde vorwaltend das Recht der besonderen Stände. In diesen beiden Rechtssystemen sind zwei gleich wichtige Principien zur Geltung gekommen, von denen aber jedes nur eine Seite des lebendigen gesellschaftlichen Rechts-Organismus darstellt, indem das eine System das Moment des Ganzen über den Theilen oder Gliedern, jedoch ohne dieselben, das andere das Moment der Glieder, ohne das Ganze, hervorhebt. Beide Principien sind aber in richtiger Auffassung miteinander zu verknüpfen. Das Ganze ist gegeben durch das allgemeine Güterrecht, in welchem alle besonderen Kreise leben und weben; diese sind aber die Glieder, welche für ihre Sonderzwecke das allgemeine Güterrecht eigenthümlich gestalten.

II. Diese Kreise lassen sich in zwei Hauptgattungen eintheilen, in eigentliche Persönlichkeitskreise, der Einzelnen, Familien, Gemeinden, des Volks u. s. w., welche in aufsteigenden Stufen stets alle Lebens- und Güterzwecke in einer Einheit der Persönlichkeit zusammenfassen, und in besondere Berufs-, Bildungs- oder Culturkreise, welche stets im Schooße der Persönlichkeitskreise das Güterleben nach den Hauptgüterzwecken, Religion, Wissenschaft, Kunst, in vorwaltender Berufsarbeit intensiver ausbilden und, über den Kreis der Familie hinaus, besondere Güter- oder Culturordnungen bilden, von

denen eine jede sich zu einer relativ selbstständigen genossenschaftlichen Organisation fortbilden und abschließen soll. Diese zwei Gattungen von Kreisen werden gewöhnlich nicht genauer unterschieden, und werden häufig unter den gemeinsamen Begriff der Corporation oder auch wohl der juristischen Person gebracht. Es ist hier nicht der Ort, die rechtlich-sachliche Wichtigkeit der Unterscheidung darzulegen, obwohl es in die Augen springt, daß ein großer Unterschied zwischen der Gemeinde und der juristischen Person einer Handelsgesellschaft besteht. Es muß hier nur die Bemerkung wiederholt werden, daß sowohl die Persönlichkeitskreise, von denen ein jeder die besonderen Culturkreise in abgestuften Mittelpunkten stets wieder zu einer Totalität zusammenfaßt, als auch die großen Culturkreise selbst zugleich eine private und öffentlich-rechtliche Seite darbieten und daß bei der wissenschaftlichen Behandlung des einen oder anderen dieser Kreise beide Seiten angemessen zusammengefaßt werden müssen. (S. die nähere Durchführung in unserer Rechtsphilosophie von 1869).

Die das ganze Rechtsleben nach allen Seiten zu höherer Einheit und Totalität zusammenfassende und in der Macht des Ganzen über alle Gliederungen herrschende Ordnung ist der Staat, den wir, zum Abschluß unserer Arbeit, noch in der Kürze zu betrachten haben.

Der Staat ist die Rechtsordnung; nur Eine Seele belebt seinen Organismus, es ist der Geist des Rechts, welches, wenn es in seinem wahren und vollen Wesen erfaßt wird, den Zweck des Staates nach allen Richtungen auszufüllen vermag. Wir haben in der Uebersicht über die Geschichte der Rechtsphilosophie die hauptsächlichsten Theorien über den Staatszweck kennen gelernt. In neuerer Zeit haben sich die Ansichten auf die Hauptfrage concentrirt, ob der Staat blos das Recht oder auch die Förderung des Wohls sich zur Aufgabe zu setzen habe, und unter den Staatsrechtslehrern und Publicisten ist die letztere Ansicht die vorherrschende geworden. Gewöhnlich hat man dieselbe einfach in der Formel ausgedrückt, daß der Zweck des Staates ein doppelter sei, im Schutz des Rechts und in der Förderung des Wohls bestehe. Es begreift sich auch vollkommen, daß das Rechtsprincip, nach der gewöhnlichen Auffassung, von jedem praktischen Gesichtspunkte aus als unzureichend zur Ausfüllung der Aufgabe des Staates erkannt werden mußte. Denn wenn das Recht, wie bisher in der Rechtswissenschaft, vorwaltend nur in der von Kant formulirten Auffassung (S. 27) als ein Princip des Schutzes und der Begrenzung der verschiedenen Freiheitskreise angesehen wird, so liegt auf der Hand, daß man alle civilisirten Staaten des besten Theiles ihrer Thätigkeit berauben müßte, um sie zu blos polizeilichen Schutzanstalten zu machen. Selbst die in der Durchführung des Freiheitsbegriffs am weitesten vorgeschrittenen Vereinigten Staaten sind auf eine solche Rolle nicht herabgesetzt worden, indem die Einzel-Staaten eine sehr ausgiebige Fürsorge für den Unterricht üben und die Union selbst eine sehr eingreifende Handelspolitik treibt. Aber das in der bisherigen Rechtstheorie liegende Gebrechen wird nicht dadurch gehoben, daß man dem Staate zugleich den Rechts- und den Wohlszweck zur Aufgabe stellt. Ein solch äußerlicher Synkretismus kann wohl eine bequeme Beschwichtigung des ersten Anflugs eines wissenschaftlichen Bedürfnisses sein, muß aber von jeder tieferen Untersuchung abgewiesen werden. Wird gar kein einheitliches höheres Princip aufgestellt, nach welchem wenigstens für die beiden Gebiete der Staatsthätigkeit Umfang und Grenze genauer bestimmt werden könnte, so wird der Staat wie Faust ausrufen müssen: „zwei Seelen wohnen, ach, in meiner Brust“, es wird aber beim Staate in der Regel der Fall eintreten, daß dann die Wohlfahrtsseele die Rechtsseele nach sich zieht, das Recht dem Staatswohle geopfert wird. Dazu kommt, daß das Princip des Wohls selbst ein Nebelgebilde ist, das durch eine geschärftere Forschung in seine einzelnen Gebiete des religiösen, sittlichen, wis-

senschaftlichen, wirthschaftlichen Wohls u. s. w. aufgelöst werden müßte, wo sich dann wiederum bei diesen Gebieten die Frage über die Grenzbestimmung hinsichtlich der staatlichen Thätigkeit einstellen würde. Die Unwissenschaftlichkeit, so wie die Gefährlichkeit dieser lange Zeit sehr beliebten äußerlichen Nebeneinanderstellung zweier Staatszwecke wird jetzt mehr und mehr erkannt, und es verbreitet sich die Ueberzeugung, daß der Staat mit allen menschlichen Lebenszwecken in einer wirksamen Beziehung stehe und es darauf ankomme, diese Beziehung hervorzuheben und festzustellen. Abgesehen von verschiedenen Theorien, die entweder den Staatszweck mit dem Menschheitszwecke oder der darin enthaltenen Totalität der Einzelzwecke identificiren, so kann die von Mohl (Encyclopädie der Staatswissenschaften) gegebene Formel als das, den gegenwärtigen Standpunkt am besten bezeichnende Schlagwort angesehen werden, daß nämlich der Staat die Aufgabe habe, „die erlaubten Lebenszwecke eines bestimmten und räumlich abgeschlossenen Volkes und zwar vom Einzelnen bis zur Gesellschaft zu fördern." Der hauptsächlichste Punkt in dieser Theorie hätte nun sein müssen, diesen so wichtigen Begriff der Förderung nach Umfang und Inhalt genau zu bestimmen; das ist aber in qualitativer Weise gar nicht und nur in untergeordneter quantitativer dahin geschehen, daß der Staat zu übernehmen habe, was die Kräfte der Privaten oder Privatgesellschaften übersteige. Aber wie schwankend sind die Ansichten über das, was innerhalb oder außerhalb der Privatkräfte liegt, wie schroff treten sie sich in dem alle Lebensgebiete berührenden Streite über Selbsthülfe und Staatshülfe entgegen! Wer soll hier entscheiden? Manche könnten geneigt sein, die ganze Frage in das Volksbewußtsein zu stellen und sie nach dem Charakter und der Culturstufe eines Volkes entscheiden zu lassen; allein obwohl ohne Zweifel über das Mehr oder Weniger der Förderung diese Momente mitbestimmend sind, so muß doch vorher das Princip der Förderung in seinem qualitativen specifischen Charakter festgestellt werden und es geziemt der Wissenschaft auch für das so leicht abirrende Volksbewußtsein eine Leuchte hinsichtlich einer richtigen Auffassung und Behandlung dieser so wichtigen Lebensfrage zu werden. Eine solche Feststellung haben wir anderwärts nach allen Seiten (schon früher in unserer organischen Staatslehre S. 84—158 und noch schärfer in dem Cours de droit naturel. 6^{me} éd. 1869. tome II. p. 322—350, so wie in der deutschen Ausgabe, Oeffentl. Recht) zu geben unternommen und erinnern hier nur daran, daß wir die Förderung als eine der drei wichtigen Functionen des Rechts aus dem Rechtsbegriff als einem Ordnungsprincip abgeleitet haben. Es würde daher jetzt nur darauf ankommen, diese Function der Förderung nach allen wesentlichen Seiten zu bestimmen; wir müssen aber uns hier darauf beschränken, den wichtigsten Gesichtspunkt anzudeuten, von dem aus diese Frage betrachtet werden muß. Das Rechtsprincip selbst muß auch hier wieder die Grundlage bilden. Faßt man nun den darin liegenden Grundbegriff der Bedingung (S. 40) ins Auge und unterscheidet man denselben von dem Begriffe der Ursachlichkeit, mit dem er freilich, selbst in den s. g. exacten Naturwissenschaften, so häufig verwechselt wird, so ergeht an den Staat zunächst in negativer Hinsicht die wichtige Forderung, in keinem Lebens- und Culturgebiete in die causalen Kräfte und Triebfedern und in die dieselben bestimmenden eigenen Gesetze einzugreifen, nirgends als eigentliche causale, productive Macht aufzutreten, also nicht selbst Ackerbau, Gewerbe, Handel zu treiben, kein Dogma, keine Lehre oder Methode in der Wissenschaft aufzustellen, oder durch Zwang aufrecht zu erhalten, sondern in positiver Beziehung nur Sorge zu tragen, daß sowohl in sachlicher Hinsicht die allgemeinen, die Möglichkeit aller Culturentwickelung gewährenden Grundbedingungen überhaupt bestehen und dieselben, wenn und in so weit sie in nicht genügendem Maße durch die Privatkräfte beschafft werden, durch ihn selbst hergestellt werden, und daß andererseits in formeller Hinsicht durch Gesetze die Verhältnisse

unter allen Lebens- und Culturkreisen in der Art geregelt werden, daß dieselben nicht nur sich nicht hemmen, sondern harmonisch ineinander eingreifen, sich gegenseitig unterstützen und fördern. Schon durch das formell regelnde Gesetz besitzt der Staat eine mächtige Handhabe der Förderung, ohne daß er genöthigt wäre, in den Staatssäckel zu greifen; diese Wohlthaten der Gesetzgebung treten zwar heute am erkennbarsten auf dem wirthschaftlichen Gebiete hervor, sie können aber ebenso wirksam auf den anderen Gebieten werden. Die Förderung durch gute Gesetze neben guter Durchführung in der Verwaltung wird auch die vornehmste Aufgabe des Staates bleiben; sie kann sich jedoch nicht darauf beschränken, indem auch sachliche Staatshülfe sowohl durch die Gesetzgebung als, in näherer Ausführung, durch die Verwaltung in allen denjenigen Fällen geboten ist, wo die einzelnen Lebenskreise ihre Zwecke nicht ohne eine gesicherte, in die eigenen Productionskräfte und Gesetze nicht jedoch eingreifende Unterstützung vollführen können. Aus diesem Grundsatze folgt z. B. für die jetzt so lebhaft erörterte s. g. Arbeiterfrage, daß der Staat weder, etwa als allgemeiner Bankier, Geld zur Gründung von Productivgenossenschaften vorschießen, noch sich selbst zum Theilnehmer machen soll, weil dadurch alle, eine gute wirthschaftliche Production bestimmenden sittlichen Tugenden und wirthschaftlichen Gesetze der Vorsicht, Umsicht, Mäßigung, Sparsamkeit, Benutzung des geringsten Vortheils u. s. w. gelähmt und alterirt würden. Dagegen kann der Staat sehr wohl eine nach den Verhältnissen mehr oder minder beträchtliche Beihülfe zu den Kranken-, Wittwen-, Sterbekassen und besonders zu den Invalidenkassen des wirthschaftlichen Arbeiterstandes gewähren, der offenbar nicht in hinreichender Weise für diese Zwecke zurückzulegen vermag. Hierdurch greift der Staat gar nicht in die causalen wirthschaftlichen Kräfte und Gesetze ein. Eine derartige unterstützende Thätigkeit des Staates wird aber später auf allen Gebieten in viel höherem Maße geübt werden, wenn wir einmal aus dem eisernen Zeitalter, in das wir durch das gegenwärtige, einen so enormen Theil des Budgets verzehrende Heerwesen gestürzt sind, einen Ausgang zu einer friedlicheren Entwickelung gefunden haben. Der gewöhnliche Gegensatz von Selbsthülfe und Staatshülfe ist daher nur von der Oberfläche der Verhältnisse abgeschöpft und die Frage muß, wie angedeutet, nach tiefer liegenden Principien entschieden werden.

In den drei Functionen des Rechts und der Staatsthätigkeit gesellt sich aber in höchster Hinsicht die einheitlich-organisirende Function, durch welche der Staat alle Lebens- und Culturkreise mittelst des Bandes des Rechts zu einer höheren Einheit und rechtlichen Gesammtpersönlichkeit abschließt, sowohl äußerlich auf einem Territorium abgrenzt, als auch die Gemeinsamkeit der rechtlichen Entwickelung nach dem Gesammtbewußtsein zu wahren hat, und auch seinerseits wichtige, z. B. religiös-kirchliche Verhältnisse nach ihrer rechtlichen Seite nicht an eine äußere Macht fesseln und den allgemeineren Bedingungen der Fortbildung des rechtlich-sittlichen Gesammtbewußtseins entziehen darf (S. 5).

Aus dieser Entwickelung ergibt sich, daß der Staat durch die Einheit des Rechtsprincips bestimmt wird, also Rechtsstaat ist, daß aber dieser Rechtsstaat kein formell-abstracter ist, sondern, in Folge der innigen Beziehung des Rechts zu dem gesammten, in der Humanität zusammengefaßten Culturleben, ein Humanitäts- oder Cultur-Rechtsstaat, und nicht minder, da das Recht der Entwickelung des Lebens sich anschmiegen muß, auch Entwickelungs-Rechtsstaat, der, ohngeachtet der unverrückbaren allgemeinen Grundprincipien des Rechts, doch nach der Bildungsstufe und dem Gesammtbewußtsein eines Volkes eine entsprechende Gestaltung empfängt.

Der Staat ist aber auch eine Ordnung, die nicht blos das Recht für alle anderen Kreise handhabt, sondern es auch für sich selbst in Anspruch nimmt, weil auch sein Leben,

seine Entwickelung und seine gesammte Thätigkeit von Bedingungen abhängig ist, die von der Gesammtheit seiner Glieder nach ihrem geistigen und materiellen Vermögen erfüllt werden müssen. Daraus ergibt sich das eigentliche Staatsrecht, das Recht für den Staat selbst. Das gesammte öffentliche Recht des Staates muß daher eingetheilt werden in das eigentliche, die Grundnormen der Staatsverfassung und Staatsverwaltung, so wie die Principien der Besteuerung entwickelnde Staatsrecht und in das öffentliche Culturrecht, insoweit es vom Staate zu pflegen ist. Diese beiden Gebiete haben wir noch, zur abschließenden Uebersicht über den Staatsorganismus, nach den wichtigsten Theilen zu charakterisiren, indem wir hier davon absehen müssen, das s. g. Verhältniß von Staat und Gesellschaft und die Grundanschauung vom Staate als einem wahrhaften Organismus im Unterschiede von den beiden extremen Theorien näher darzulegen, welche den Staat, sei es als eine juristische Person (im Sinne des römischen Rechts) oder als eine atomistische Vertrags-Gesellschaft auffassen, dort die Staatsgewalt von der Volksgesammtheit abheben, hier Quelle und Subject derselben in der Volksmasse untergehen lassen, während die organische Grundanschauung in höherer Weise eine richtige Vermittelung regelt, indem sie der Staatsgewalt eine relative Selbstständigkeit gibt, sie aber zugleich in allen ihren Functionen, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege auf eine wesentliche Mitwirkung volksthümlicher Elemente stellt.

Betrachten wir vor allem den Rechts-Organismus des Staates, so sind zwei Gebiete zu unterscheiden, Verfassung und Verwaltung im weitesten Sinne, welche sich beide zu einander verhalten wie festes Gefüge im Grundbau und in den Grundnormen, und lebendige Durchführung, Gestaltung in allen rechtlichen Lebensgebieten, also in ähnlicher Weise sich unterscheiden und zusammenhängen wie im leiblichen Organismus Anatomie und Physiologie, im geistigen Leben Charakter und thätige Lebensführung.

I. Die Verfassung ist das Ganze der allgemeinen andauernden Normen und organischen Einrichtungen, durch welche die Verhältnisse aller Theile und Gliederungen, der Staatsgewalt wie aller übrigen Glieder, nach gegenseitigen Rechten und Pflichten, zur Vollführung des Staatszwecks geregelt werden. Die Verfassung, die typische Gestaltung des Staatslebens, muß den inneren Bau des Rechts und Staatslebens wiederspiegeln, also zunächst einen formellen Theil enthalten, welcher die Organisation des Staates selbst (Staatsform u. s. w.) bestimmt, und einen materiellen Theil, welcher sowohl die allgemeinen Grundrechte und, in den Grundzügen, die öffentlichen Rechtsverhältnisse der Einzelnen (Naturalisation u. s. w.) der Familien, Gemeinden, Kreise und Provinzen, als auch die Rechtsverhältnisse des Staates zu den Culturkreisen der Religion und Confession, des Unterrichts und der Schule, zu dem wirthschaftlichen Gebiete u. s. w. regelt.

II. Die Verwaltung dagegen ist die gesammte, auf der Grundlage und nach der Richtschnur der Verfassung sich bethätigende Staatswirksamkeit, welche in drei wesentlichen Grundfunctionen oder Gewalten für den Staatszweck nach seinen beiden Seiten, der formell-rechtlichen und der cultur-rechtlichen, geübt wird. Diese drei Gewalten, welche nicht eine Theilung, sondern eine innere, relative Selbstständigkeit, so wie Beziehung und Wechselwirkung bestimmende Gliederung der Einen Staatsgewalt bilden, sind: A) die Regierung; B) die Gesetzgebung für die Aufstellung der allgemeinen Normen und C) die Vollziehung (oder Verwaltung im engeren Sinn) für die Anwendung der allgemeinen gesetzlichen, und der in den richtigen Schranken des Verordnungsrechts von der Regierung erlassenen Normen. Daß die Regierung eine besondere, die Einheit und die organische Verknüpfung wahrende, die Leitung und den Impuls ausübende Gewalt sei, haben wir anderwärts (S. organische Staatslehre 1850. S. 166 ff.) nicht blos angenommen, sondern nach allen wesentlichen Seiten zu begründen gesucht.

Die meisten noch streitigen Fragen beziehen sich auf die weitere Eintheilung oder Gliederung der vollziehenden Gewalt.

1) Ziemlich allgemein wird heute angenommen, daß diese Eintheilung nach zwei Richtungen in zwei Hauptfunctionen und Gebiete sich gliedert, in die Rechtspflege und in die Verwaltung im engsten Sinne (— ohne die genaue Unterscheidung der verschiedenen Auffassungen oder Stellungen dieses Begriffs ist es gar nicht möglich, Klarheit darüber zu gewinnen —); über die Art der Unterscheidung dieser beiden Gebiete und die fernere Eintheilung derselben herrscht jedoch noch vielfache Meinungsverschiedenheit. Unsere streng aus dem Princip sich ergebende Auffassung stimmt im wesentlichen mit der praktischen Gestaltung der verschiedenen Gebiete überein und dürfte, wenn richtig, Zeugniß dafür ablegen, daß die gesellschaftliche Lebensgestaltung auch von einer unbewußt wirkenden Logik oder Vernunft geleitet wird, die oft richtiger die Verhältnisse gliedert und bestimmt als die Wissenschaft, welche sich häufig in zu weiten oder zu engen Begriffen ergeht. Rechtspflege und Verwaltung (Administration) sind zunächst als die zwei Seiten, Richtungen und Gebiete der vollziehenden Gewalt zu betrachten; sie haben eine gemeinsame Grundlage und den gleichen Ausgang in rechtlichen Normen und Formen, und es ist daher ganz irrig, Rechtspflege und Verwaltung nach Recht und Zweckmäßigkeit zu unterscheiden, da in einem Rechtsstaate alle Gebiete von rechtlichen Normen durchdrungen sein müssen; sie unterscheiden sich aber nach Aufgabe und Richtung und nach der verschiedenen Art ihrer Thätigkeit. In der Rechtspflege kommt die formelle Seite des Rechts, in der Verwaltung das rechtliche Culturleben zur Geltung; in der ersteren wird das Recht, um des Rechtes selbst willen, in der anderen um des Wohls willen, d. h. für die verschiedenen Lebens- und Culturzwecke geübt. Die Verwaltung ist daher die in den rechtlichen Normen, Formen und Schranken geübte Wohls- oder Cultur-Verwaltung, wobei also selbstverständlich ist, daß der Staat nicht in die innere, den einzelnen Lebens- und Culturkreisen selbst zustehende Culturthätigkeit und Verwaltung eingreifen, sondern nur das Recht in den drei bezeichneten Functionen zur Anwendung bringen darf. Nach der Art der Thätigkeit ist die richterliche eine wesentlich formelle, logische, indem sie in der Subsumtion des einzelnen Falles unter die Rechtsnormen liegt, weshalb auch der Richter, wenn es auf besondere Sachkenntniß ankommt, diese sich durch Sachverständige verschaffen lassen kann, während die Verwaltungsthätigkeit wesentlich eine sachliche ist und die Verwaltungsbeamten nicht blos formell-rechtliche, sondern auch sachliche Kenntniß der verschiedenen Culturgebiete besitzen sollen.

2) Was nun aber die fernere Eintheilung der Rechtspflege und der rechtlichen Wohls-Verwaltung betrifft, so besteht eine große Verschiedenheit der Ansichten, welche hauptsächlich darin ihren Grund hat, daß man nicht bemerkte, daß beide Hauptzweige der vollziehenden Gewalt, da sie, bei gleicher rechtlichen Grundlage, nur eine unterschiedene Anwendung des Rechts sind, in ihrer inneren Gliederung auch gegenseitig ähnliche, wenn auch wohl zu unterscheidende, Gebiete haben müssen, daß es z. B. eine polizeiliche Thätigkeit auf dem Rechts- und auf dem Wohlfahrtsgebiete gibt, aber auf jedem Gebiete einen besonderen Charakter trägt, und besondere Organe verlangt. Geht man aber bei der Eintheilung von dem vernünftigen Zwecke aus, den die von einer Vernunftidee geleitete Staatsthätigkeit, ebenso wie der einzelne vernünftige Mensch, in allen Wirkungskreisen verfolgen soll, und erwägt man, daß alle sachliche Thätigkeit, zugleich in Rücksicht auf die Zeit, sich direct oder unmittelbar zum Zweck setzen muß, theils in der Zukunft möglichen Rechts- und Wohls-Verletzungen oder Störungen vorzubeugen, theils fürsorglich die in der Gegenwart sich ergebenden Rechts- und Wohls-Angelegenheiten zu regeln, theils die in der Ver-

gangenheit eingetretenen Störungen oder Verletzungen in der Rechts- und Wohlsordnung wieder herzustellen, so müssen diese drei Hauptrichtungen der Thätigkeit sowohl in der Rechtspflege als in der Wohls- oder Culturpflege hervortreten. In dem wirklichen Staatsleben sind sie auch in der That nach dem praktischen Bedürfnisse für die bezeichneten Zwecke organisirt, wenn auch nicht mit denselben Namen belegt worden.

a) Es gibt eine vorbeugende, eine fürsorglich-regelnde und eine wiederherstellende Rechtspflege.

α) Die vorbeugende Thätigkeit wird ausgeübt durch die Rechts-Polizei, welche Mohl auch ganz passend die Präventiv-Justiz nannte. Vor allem muß aber betont werden, daß Vorbeugung der unmittelbare, directe Zweck sein muß, weil, wenn dieses Moment nicht festgehalten wird, die gesammte Staatsthätigkeit unter den Begriff der Polizei gebracht werden könnte, da mittelbar, indirect ebenso wohl durch gute Unterrichtsanstalten u. s. w., als durch gute Gerichte, den Störungen und Verletzungen auch vorgebeugt wird. Die Polizei faßt aber nur solche Fälle ins Auge, aus denen unmittelbar eine Störung oder Verletzung sich ergeben kann; auf die mögliche Verletzung beziehen sich Gebote oder Verbote, und wer sie nicht befolgt, wird schon deswegen polizeilich bestraft; ein Kutscher, der zu schnell in den Straßen oder an den Kreuzungen fährt, wird schon wegen der Möglichkeit einer Schädigung polizeilich gestraft, auch wenn in Wirklichkeit gar keine Verletzung eingetreten ist; liegt eine wirkliche Verletzung vor und wird ein Entschädigungsanspruch gestellt, so sollte die Sache grundsätzlich vor die eigentlichen Gerichte kommen. Durch diesen Zweck unmittelbarer Vorbeugung ist Aufgabe, Umfang und Grenze der Polizei genau vorgezeichnet. Leider besteht aber über den Begriff und die Aufgabe der Polizei noch eine große Meinungsverschiedenheit, wobei das Fremdwort, wie so häufig (— man denke nur an das Wort Souveränetät —) sich hat gefallen lassen müssen, als Einkleidung für jedartige Ansicht zu dienen, während der Gebrauch unserer, für alle genauen Begriffsunterscheidungen so vorzüglichen, deutschen Sprache eine Nöthigung zu einer schärferen Auffassung und Bestimmung der Sache gegeben haben würde. Der Polizeibegriff ist ein rechtes Spiegelbild unserer staatlichen Zustände, in denen die Polizei ja noch überall ein in alle Gebiete hinein wucherndes Gebilde, eine wahre Schlingpflanze ist, die aber auch vielfach den Grundstämmen der staatlichen Ordnung den Lebensboden aussaugt. Dieser ganzen überwuchernden Richtung wird in der Wissenschaft noch vielfach durch den viel zu weit gesteckten Begriff der Polizei Vorschub geleistet. Man gerieth schon früh auf diesen Irrweg, als man den Rechtsbegriff im Kant'schen negativen Sinne faßte, in Folge dessen dem Staat blos eine Rechtsaufgabe stellte, und alles in die Polizei schob, was, wenn auch nur mittelbar, wie Religion, Kirche, Schule, den Rechtsstörungen vorbeugen konnte; ein Gesichtspunkt, den leider Mohl noch in seiner Polizeiwissenschaft beibehielt, wenn er gleich die Präventivjustiz sehr richtig nach den im widerrechtlichen Willen liegenden Ursachen der möglichen Störung bestimmte. Aber auch andere, wie Stahl, Bluntschli, Stein, haben einen viel zu weiten Begriff von der Polizei aufgestellt; denn wenn die Polizei „als die Offenbarung der Weisheit des Staates" bezeichnet wird, die das Gemeinleben nach allen seinen materiellen und geistigen Beziehungen zu erhalten und nach seinen Zielen zu fördern hat (Stahl, Staatslehre §. 123) oder als die „vorzugsweise Regierungsthätigkeit", die, „wo ein öffentliches Bedürfniß sich regt, bei der Hand sein und von sich aus helfen muß", die in ganz besonderem Sinne Gewalt ist (Bluntschli, Allg. Staatsrecht, Kap. 8) u. s. w., so wird bei solchen Definitionen der treueste Anhänger des alten Polizeistaates bei sich ausrufen können: Herz, was verlangst du mehr? Glücklicherweise ist das wirkliche Leben in richtigerem Tacte nie so weit gegangen, und der Grundzug in der modernen Staatsentwickelung ist offenbar dahin gerichtet, die Polizei auf

die unmittelbar vorbeugende Aufgabe zu beschränken, und die eigentliche Förderung der von der Polizei grundverschiedenen Wohlspflege zu überweisen, die auch wesentlich in allen Gebieten durch Mitwirkung von Volkselementen geübt werden soll.

β) Das zweite Gebiet der Rechtspflege ist gebildet durch die gewöhnlich, aber nicht hinreichend genau so genannte freiwillige Rechtspflege, welche eigentlich die privat- und obrigkeitlich-fürsorgliche Rechtspflege ist, nicht blos das Notariat und Hypothekenwesen, sondern auch das obrigkeitliche Vormundschaftswesen, die Regelung der Verlassenschaften u. s. w. betrifft, und überhaupt direct sich die Aufgabe stellt, in der Gegenwart sich ergebende Rechtsverhältnisse zum Zweck formeller Ordnung zu regeln. Aus diesem Grunde können wir auch nicht mit Mohl das Notariat unter die Präventivjustiz bringen, da der directe Zweck Regelung ist, und erst weiterhin dadurch auch vorgebeugt wird. Auch hier hat das praktische Staatsleben mit richtigem Tacte die Gebiete geschieden, und dies Institut nicht zur Polizei gestellt.

γ) Das dritte und umfangreichste Gebiet bildet die auf eingetretene Störung sich beziehende, wiederherstellende Rechtspflege, die wiederum in Civil- und Criminalrechtspflege zerfällt, je nachdem eine Störung durch formellen Streit, oder durch eine unmittelbar auf Verletzung selbst gerichtete und daher für die ganze Rechtsordnung gemeingefährliche Gesinnung und Absicht entstanden ist, und im ersten Falle die Wiederherstellung des formellen Rechts durch Entscheidung des Streites, im zweiten Falle die Wiederherstellung der Rechtsordnung nach allen Seiten und Theilen der Störung oder Verletzung geboten ist und sich in letzterer Beziehung nach drei Seiten vollzieht, in der Wiederherstellung der Oberherrschaft des objectiven Rechtsgesetzes über den dasselbe übertretenden subjectiven widerrechtlichen Willen (was zugleich durch den dritten Punkt erreicht wird), durch Gutmachung des angerichteten Schadens, so weit dies möglich ist und hauptsächlich in der eigentlich strafenden Function, durch Wiederherstellung der sittlich-rechtlichen, auch die ganze Rechtsordnung am besten sichernden Gesinnung vermittelst der Besserung. Es ist hier nicht der Ort, diesen Strafzweck gegen die großentheils abweichenden Ansichten näher zu begründen, wir glauben aber, daß in dieser wichtigen Frage das Leben der Wissenschaft vorangeeilt ist und daraus der Zwiespalt sich erklärt, welcher heute zwischen dem bis jetzt nur das Strafurtheil in's Auge fassenden Strafrechte und dem Strafvollzuge besteht, indem der letztere fast überall die Besserung der Gefangenen sich zum Zweck setzt, während das Strafrecht meistens verschiedenen anderen Principien huldigt. Aber die Wissenschaft verlangt in Bezug auf einen und denselben Gegenstand ein gemeinsames Grundprincip; Strafurtheilswissenschaft und Strafvollzugswissenschaft sind zwei Theile des ganzen und vollen Strafrechts, die, nach unserer Ansicht, nur durch den Besserungszweck die einfachste und richtigste Verbindung finden. Die weitere Eintheilung der s. g. Civilrechtspflege (eigentliche Rechtspflege in Streitsachen überhaupt) in die allgemein-bürgerliche und die für besondere Berufsverhältnisse (Handels-Gewerbe-Sachen u. s. w.) angeordneten Gerichte, und die Eintheilung der Strafrechtspflege in allgemein bürgerliche und in besondere Militärstrafrechtspflege (die auch nur objectiv für militärische Sachen oder Verhältnisse, wie Subordination, Desertion u. s. w. bestehen und den Soldaten, nicht wie früher die päpstliche Hierarchie den Geistlichen, in gemeinen Vergehen und Verbrechen von der bürgerlichen Strafrechtspflege eximiren sollte) habe ich hier nicht näher zu berühren.

b) Die rechtliche Wohls-Verwaltung oder Culturpflege (Administration) gliedert sich ganz parallel der Rechtspflege. Auch sie hat α) den Störungen auf den verschiedenen Gebieten der Cultur oder der Wohlfahrt vorzubeugen, insofern die Störungen nicht in einem formell-widerrechtlichen Willen ihren Grund haben, sondern aus anderen Natur-

oder allgemeinen gesellschaftlichen Ursachen entspringen und auch für richtige Vorbeugung sachliche Kenntnisse voraussetzen. Dies ist das Gebiet der eigentlichen Wohlfahrtspolizei, wie sie sich in der Sanitätspolizei, Baupolizei u. s. w. bethätigt, auch ganz andere ausübende Organe als die Rechtspolizei verlangt und in der Praxis angemessen eine Abtheilung in der Centraldirection der Verwaltung bildet. β) Das zweite und hier umfangreichste Gebiet ist die fürsorgliche, nach Recht und in rechtlichen Formen alle Cultur- oder Wohlsgebiete pflegende Verwaltung, welche auch die eigentlich fördernde Function auf allen Culturgebieten, der Religion und Kirche, Schule, Wissenschaft, Kunst, Wirthschaft auszuüben hat γ) Das dritte Gebiet ist gebildet durch die wiederherstellende Verwaltungsrechtspflege sowohl in sachlich-streitigen, als in Strafsachen. Bekanntlich herrscht über den Begriff und die Organisation der Administrativ-Justiz eine große Meinungsverschiedenheit. Der gegenwärtige, nur geringe Ausnahmen (Baden) aufweisende Zustand in Deutschland, wo die Verwaltungsbehörden im wesentlichen zugleich Partei und Richter in Einer Person sind, ist eine permanente Störung alles Rechtsbewußtseins. Welche Ansichten auch in anderen Punkten obwalten mögen, darin vereinigen sich alle, daß es eine, gleich den Gerichten, unabhängige Behörde geben muß, welche über Verwaltungsstreitsachen (wohl zu unterscheiden von bloßen Verwaltungssachen, S. unsern Cours de droit naturel, p. 448 und Rechtsphilosophie, Oeffentl. Recht) und Verwaltungsstrafsachen zu entscheiden hat. Man hat „Gerichte des öffentlichen Rechts“ in Vorschlag gebracht (Gneist). Da es vor allem darauf ankommt, daß für den gegenwärtigen Zustand in irgend einer Form Abhülfe geschaffen werde, so würden wir uns gern auch diesen Vorschlag in der Ausführung gefallen lassen, können aber doch nicht umhin, nach den hier entwickelten Grundsätzen unsere Ansicht dahin auszusprechen, daß auch zwischen blos formell-öffentlichen Rechtssachen und sachlichen Verwaltungsstreitsachen unterschieden werden muß, und daß grundsätzlich über die ersteren die bürgerlichen Gerichte zuständig sein sollten, wie dies in England und auch in Belgien der Fall ist, da die gewöhnlich als materiell aufgefaßte schroffe Scheidung in Privat- und öffentliches Recht überhaupt nicht zulässig ist, daß aber für die eigentlichen, sachliche Kenntniß voraussetzenden Verwaltungs-Streit- und Strafsachen eine unabhängige besondere Verwaltungsrechtspflege (ähnlich wie in Baden) organisirt werden sollte.

Wir haben hiermit in einfachen wesentlichen Zügen die Eintheilung der beiden Hauptgebiete der vollziehenden Gewalt gegeben; sie gipfeln in der Centralgewalt, in dem Justizministerium und in den verschiedenen Ministerien des Cultus und des Unterrichts, Handel und Gewerbe und Agricultur, so wie in dem Finanzministerium und, für den besonderen Zweck der Landesvertheidigung, in dem Kriegsministerium; aber so wie ein Ministerium des Aeußern den gesammten Staat einheitlich nach außen repräsentirt, so gibt es auch für das Innere ein einheitlich-zusammenfassendes Ministerium, das des Innern, dessen eigentlich-organischer Charakter nur erkannt wird, wenn man erwägt, daß auch die von uns sogenannten Persönlichkeitskreise, die Einzelnen, Familien, Kreise, Gemeinden, Provinzen, als die vollen organischen Lebensgebiete, in der Verwaltung gleichfalls eine Vertretung haben müssen. Diese erhalten sie im sogenannten Ministerium des Innern, welches daher die Leitung aller auf die Einzelpersönlichkeit (Statistik, Naturalisation u. s. w.), auf die Familien (Vormundschaft), die Gemeinden, Provinzen und die Volksvertretung sich beziehenden Angelegenheiten ausübt. S. unsere jurist. Encycl. S. 112. Dies ist der Organismus der öffentlichen Gewalten im eigentlichen Staatsrecht.

Nach der Entwickelung dieses Theils beginnt dann im zweiten großen Theile, dem öffentlichen Culturrechte, die Erörterung des Verhältnisses des Staates zu Religion und Confession, Schule und Unterricht, Wirthschaft u. s. w., in die wir hier nicht weiter eingehen. Wir halten es aber für wichtig, daß auch der Civilist durch genauere Kenntniß

des Organismus des Verfassungs= und Verwaltungsrechts sich daran gewöhne, wie dies im englischen Rechts= und Staatsleben der Fall ist, die ganze Privatrechtsordnung von der öffentlichen Rechtsordnung gehalten, gestützt und durchdrungen zu sehen.

Wir haben hiermit unsere Aufgabe beendet. Von der Ueberzeugung durchdrungen, daß der gesellschaftliche Bau der Rechts= und Staatsordnung in dem praktischen Leben eines Volkes von einfachen Grundprincipien getragen ist und sich in bestimmten bleibenden Grundverhältnissen und Grundformen ausprägt, haben wir den für die Fortbildung der Wissenschaft gebotenen Versuch gemacht, aus der höheren Einheit eines ethisch=organischen Rechtsprincips in dem ganzen Staats= und Rechtsleben, im Privat= und öffentlichen Rechte den inneren Zusammenhang, die Unterschiede und die wohlgeordnete Gliederung aller Theile und Gebiete zu begreifen. Obwohl die Entwickelung, die wir hier von dem Princip und dem System des Privat= und öffentlichen Rechts zu geben hatten, mehr nur andeutende Grundzüge und die einfache Gliederung darzulegen vermochte, so wird man doch nicht verkennen, daß sie den wichtigen wissenschaftlichen Vortheil gewährt, das ganze Rechtsgebiet von Einem Princip aus zu beherrschen, in welchem die verschiedenen Momente und Seiten, nach welchen frühere Theorien das Rechtsprincip auffaßten, zu einer höheren Harmonie zusammengefaßt sind. Das Recht erscheint hier zunächst als ein *Ordnungsprincip*, welches in der gesammten Lebens= und Culturbewegung, die aus dem Begriffe der Ordnung selbst fließenden wichtigen Functionen ausübt (S. S. 42); es ist auch ein in der Freiheit wurzelndes *Freiheitsprincip* und weist auch jedem Lebenskreise das ihm gebührende Herrschaftsgebiet zum freien Schalten und Walten an; aber es regelt auch den Freiheitsgebrauch für die *Erstrebung* aller menschlichen Lebens= und Cultur=*Zwecke* und der Staat stellt sich dar nicht als eine bloße Macht= und Herrschaftsordnung, sondern als ein ethischer Organismus, in welchem das oberste Glied, die Staatsgewalt, die ihr gebührende feste Stellung erhält, aber in ihren wesentlichen Functionen oder Gewalten auf die geordnete Mitwirkung der Volksgesammtheit gestellt wird; durchdrungen von der Einen Seele des Rechts ist der Staat vor allem *Rechtsstaat*, jedoch kein abstracter Rechtsstaat, sondern, bei der nachgewiesenen innigen Beziehung des Rechts zu der gesammten humanen Cultur, *Humanitäts*= oder *Cultur=Rechtsstaat*.

II.

Die geschichtlichen Grundlagen

der

deutschen Rechtsentwickelung

und

die Rechtsquellen.

1.

Geschichte und Quellen

des

römischen Rechts.

Von

Prof. Dr. K. G. Bruns

in Berlin.

Digitized by Google

Einleitung. §. 1—4. — I. **Abschnitt.** Das Königthum. §. 5—11. — II. **Abschnitt.** Die Republik. I. Die Anfänge und die XII Tafeln. §. 12—14. II. Das ius civile und das ius gentium. §. 15. 16. III. Die Gesetzgebung des Volkes. §. 17—19. IV. Die Edicte der Beamten. §. 20. 21. V. Die Wissenschaft. §. 22. — III. **Abschnitt.** Das republikanische Kaiserthum. Einleitung. §. 23. I. Gesetzgebung. §. 24—26. II. Wissenschaft. §. 27—31. — IV. **Abschnitt.** Das absolute Kaiserthum. I. Gesetzgebung. §. 32. II. Wissenschaft. §. 33. III. Sammlungen des Rechts. A. Vor Justinian. §. 34. B. Justinian. §. 35. 36. — V. **Abschnitt.** Das byzantinische Kaiserthum. §. 37. — VI. **Abschnitt.** Das römische Recht im Mittelalter. I. Das römische Recht bei den Germanen. §. 38. II. Die Glossatoren. §. 39—41.

Einleitung. §. 1. Die historische Betrachtung des Rechts muß eine philosophische Auffassung zur Grundlage haben. Sie muß davon ausgehen, daß das Recht nicht eine zufällige und willkürliche Einrichtung unter den Menschen ist, ein nothwendiges Uebel, eine zweckmäßige Anordnung, sondern daß es im Wesen des Menschen selbst seinen eigentlichen inneren Grund hat, daß es einen Bestandtheil seiner sittlichen Natur, ein wesentliches Element seiner socialen Existenz bildet. Die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit gehört ebenso zur Entfaltung des menschlichen Wesens in der Geschichte, wie die Entwickelung der Idee der Sittlichkeit, Religion u. a. Das Recht steht daher im Leben der Menschen in enger Verbindung mit der ganzen Ausbildung ihres geistigen Wesens. Die allgemeine Stufe ihrer geistigen Entwickelung ist stets auch maßgebend für den Standpunkt ihrer rechtlichen Anschauungen.

Die eigentliche Bildungsstätte des Rechts ist aber das Volksleben, das Recht ist ein Theil des Nationallebens der Völker, und ist eben darum auch ein verschiedenes bei den verschiedenen Völkern. Man hat schon längst die Frage aufgeworfen [1]), woher die Verschiedenheit des Rechts unter den Menschen, wenn doch sein Begriff an sich ein einiger und allgemeiner für die ganze Menschheit ist? Man hat den Grund in allerlei äußerlichen Zufälligkeiten gesucht. Er liegt aber einfach darin, daß die ganze Entwickelung der Menschheit überhaupt nicht in abstracter Einheit und Gesammtthätigkeit der Gattung vor sich geht, sondern sich nach der anthropologischen Gliederung der Menschheit in Rassen, Völker und Stämme gestaltet. Danach sind die physischen und geistigen Anlagen und das Temperament der Menschen verschieden, danach trennt sich ihr factisches sociales Zusammenleben, und danach scheiden sich auch allgemeine Hauptrichtungen ihres geistigen und sittlichen Lebens. Die einzelnen Völker, die danach durch Abstammung, Anlagen, Charakter und Sprache zu eigenthümlichen Nationalitäten verbunden sind, bilden die kleineren Gattungseinheiten, in denen sich das allgemeine Leben der Gattung zunächst vollzieht. Jede Entwickelung allgemein menschlicher Ideen in Religion, Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft geht

[1]) Montesquieu, esprit des lois. L. 14.

in einzelnen Völkern vor sich, und bekommt dadurch überall ihr besonderes nationales Gepräge. Dies kann beim Rechte nicht anders sein. Bei jedem Volke gestaltet sich das sociale Leben in Sitte und Verkehr seiner besondern Nationalität gemäß, und danach bilden sich auch die Anschauungen über die rechtliche Ordnung des Lebens bei jedem Volke, der nationalen Richtung seines geistigen und sittlichen Lebens entsprechend, in verschiedener Weise aus. Jedes Volksrecht muß danach seinen besondern nationalen Charakter haben, und wird sogar meistens gerade das deutlichste Bild von den geistigen und socialen Zuständen des Volkes geben. Die Idee eines abstracten einheitlichen Weltrechtes und Staates widerspricht der anthropologischen Organisation der menschlichen Gattung. Die Einheit der Rechtsidee geht dabei doch nicht verloren, so wenig wie die Einheit des menschlichen Wesens in der Verschiedenheit der Rassen. Die Gliederung und Verwandtschaft der Rassen und Völker, die sich in ihrer Sprache und Nationalität zeigt, wiederholt sich auch in den Rechten. Es gibt engere und weitere Kreise verwandter Rechte, in allen aber ist die allgemeine Rechtsidee der Ausgangspunkt und die treibende und bewegende Macht.

Mit dieser nationalen Gestaltung der Rechte ist von selbst auch der Begriff ihrer historischen Entwickelung gegeben. Die einzelnen Volksrechte sind, wie die Völker selber und ihre Zustände, nichts Absolutes, sondern einzelne bewegliche Erscheinungen im großen Strome der Geschichte, und wo daher überhaupt eine historische Entwickelung des Nationallebens stattfindet, muß sie auch das Rechtsleben als einen wesentlichen Bestandtheil desselben mit umfassen. Wie jedes Volk, so muß auch jede Zeit ihr eigenes und unterscheidendes Recht haben. Die Umwandlungen, die in den socialen und geistigen Zuständen eines Volkes eintreten, müssen stets auch eine Aenderung und Fortbildung seines Rechts nach sich ziehen. Nur versteht sich, daß das Recht als feste Lebensordnung mit dauernden Einrichtungen nicht jede Schwankung des Volkslebens und der Volksansichten mit durchmachen kann, daß es vielmehr selbst bei wirklichen Aenderungen der Zustände oft erst den absoluten vollendeten Thatsachen nachgibt und ihnen nicht selten einen zähen Widerstand entgegensetzt. Dann können allerdings zeitweise „Gesetz und Recht wie eine Krankheit forterben, Vernunft zu Unsinn, Wohlthat Plage werden". Schließlich muß indessen Abgestorbenes doch stets zusammenstürzen. Umgekehrt kann das Recht jedoch auch dem Leben voraufgehen, wenn eine Gesetzgebung noch schlummernde Richtungen und Bedürfnisse der Zeit erkennt und das Recht danach einrichtet. Jedes wirkliche Recht ist danach zwar Resultat seiner Vergangenheit und nur aus ihr zu erkennen und zu würdigen, schließt aber mehr oder weniger stets auch die Keime der Zukunft in sich. Die Rechtsgeschichte der Völker bildet auf diese Weise stets nur einen Theil ihrer allgemeinen Geschichte, namentlich ihrer Culturgeschichte, und wie sich die Geschichte der einzelnen Völker zu einer allgemeinen Weltgeschichte zusammenschließt, so verbindet sich auch die Rechtsgeschichte der einzelnen Völker zu einer allgemeinen Weltgeschichte des Rechts.

§. 2. Aus der bisher beschriebenen ethnologisch-historischen Auffassung des Rechts ergibt sich von selbst, daß man die Verschiedenheiten und Wandlungen im Rechtsleben der Völker nicht als ein Spiel des Zufalls und der Willkür ansehen darf, daß ihnen vielmehr stets eine gewisse innere Nothwendigkeit zu Grunde liegt. Es ist eine naive kindliche Vorstellung, daß das Recht von den Königen gemacht werde, und daß sie es nach Belieben so oder so wendeten. Der Einzelne, auch der Herrscher, ist ein Kind seines Volkes und seiner Zeit, und kann die Schranken, die ihm dadurch gesetzt sind, nicht übersteigen. Die höhere oder niedere Stufe der Entwickelung, die ein Volk einnimmt, und das Steigen und Sinken seiner geistigen Kraft beruhen auf Verhältnissen und Umständen, über die der Mensch nicht Herr ist. Die Freiheit der einzelnen Handlung und Gesetzgebung, Verdienst und Schuld dabei, ist damit nicht aufgehoben, und ebenso wenig darf die Idee

der Nothwendigkeit mißbraucht werden, um dadurch das Urtheil über Werth und Unwerth bestehender Einrichtungen und das Streben nach ihrer Beseitigung zu beschränken. Die Grenze freilich zwischen der Freiheit und Nothwendigkeit, und wie weit der Einzelne treibt oder getrieben wird, Ambos oder Hammer ist, ist hier so wenig mit dem Finger zu zeigen, wie in andern menschlichen Verhältnissen.

Eine andere Frage ist, ob die Rechtsentwickelung der einzelnen Völker und die verschiedenen Stufen, die sie dabei erreichen, als eine zusammenhängende weltgeschichtliche Entwickelung des Rechts selber, oder eigentlich des Geistes im Rechte, anzusehen ist, wobei jedes Volk die nothwendige Vorstufe für die nächst höhere Stufe bildet, oder ob man darin nur die bunte Mannichfaltigkeit von mehr oder weniger glänzenden Erscheinungen des menschlichen Wesens, reiferen oder unreiferen Früchten des menschlichen Geistes sehen darf. Das erstere war bekanntlich die Hegel'sche Ansicht [1]), und wir verdanken derselben die erste Anregung zu der Idee einer Weltgeschichte des Rechts überhaupt und die ersten allgemeinen Gesichtspunkte für die Auffassung der verschiedenen Rechte. Wirklich durchführbar ist sie bei unbefangener Würdigung der concreten historischen Thatsachen nicht. Andererseits löst sich indessen die Mannichfaltigkeit der Rechte doch auch nicht blos in ein buntes Kartenspiel auf. Es ist vielmehr der Rechtsbegriff, der sich in ihnen entfaltet, seine Elemente bieten den Grund zu den verschiedenen Gestaltungen dar, nur das einseitige Ueberwiegen des einen oder anderen Elementes in der Auffassung des Rechts ist es, was die Hauptverschiedenheiten der Rechte hervorruft. Insofern liegt daher den verschiedenen Erscheinungen der Geschichte doch ein bestimmtes Princip und System zu Grunde. Die einzelnen Volksrechte, so wenig sie auch historisch aus einander herauswachsen, stehen doch logisch in bestimmtem Verhältnisse zu einander, und die Weltgeschichte des Rechts ist nicht ein bloßes Registriren und Aufzählen endloser Varietäten eines Begriffs, sondern wirklich die Entfaltung und Entwickelung des Rechtsbegriffes in der Menschheit. Im allgemeinen ist der Zusammenhang etwa folgender:

§. 3. Freiheit und Nothwendigkeit sind die Grundelemente des Rechts. Das subjective Recht ist die Freiheit, das objective die Nothwendigkeit. Beide sind im Begriffe unlöslich mit einander verbunden, keines kann aus dem andern abgeleitet werden. Bei der historischen Verwirklichung des Rechts aber kann das eine das andere in der nationalen Rechtsanschauung überwiegen und einseitig den Ausgangspunkt für die Rechtsgestaltung bilden. Damit ist dann eine Grundverschiedenheit für das gesammte Recht gegeben. Asien und Europa sind die Gebiete, deren Rechte sich danach scheiden. Asien ist das Land der Nothwendigkeit und des objectiven Rechts, Europa das der Freiheit und des subjectiven Rechts. Die übrigen Welttheile kommen nicht selbstständig in Betracht. Sie haben ihr Recht entweder von jenen beiden empfangen, oder sind noch auf der Vorstufe der ersten Rechtsbildung stehen geblieben.

In Asien tritt das Recht nur erst als eine objective Macht und Nothwendigkeit gegen das Individuum auf. Es ist eine höhere Ordnung des Lebens, der der Einzelne schlechthin nur unterworfen ist. Es gibt ihm zwar eine gewisse Freiheit und subjectives Recht, aber es hat seinen Grund und Ausgang nicht in der Freiheit und dem Rechte des Subjects, sondern lediglich in der objectiven Anordnung von oben her. Die Unterwerfung, nicht die Freiheit, ist die Grundlage des Rechts. Je nach der Quelle des objectiven Gebots geben sich dann folgende weitere Unterschiede: In den östlichen Ländern ist es der Wille und Befehl des Herrschers, der das Princip des Rechts bildet, mag er eine patriar-

[1]) Hegel, Philosophie des Rechts. §. 341—360. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. 4 Bde. 1824—1835.

chalisch familienmäßige Gewalt haben, wie in China, oder eine absolut despotische, die das ganze Volk nur als seine Sklaven erscheinen läßt, wie in Hinterindien, namentlich Siam. In Mittelasien, namentlich Indien, beruht das Recht auf der moralisch religiösen Ordnung, die die Priester, die Brahmanen, dem Lande gegeben haben. In Vorderasien ist es das Gebot des Religionsstifters, der mit der Religion auch das Recht ordnet, so bei den alten Persern, den Juden und den Muhamedanern. Erst das Christenthum trennt Religion und Recht, und macht dadurch eine Vereinigung beider mit der Freiheit möglich.

Die europäischen Rechte beruhen dagegen sämmtlich auf dem Principe der individuellen Freiheit. Recht und Gesetz werden nicht von oben her durch Herrscher oder Priester gegeben, sondern gehen vom Volke selber aus, und sind nur Verkörperungen seiner Freiheit. Im griechischen Rechte ist das objective und subjective Recht noch in unmittelbarer Einheit, die Freiheit besteht daher hauptsächlich in der allgemeinen Theilnahme am öffentlichen Leben, das Privatrecht ist ihm völlig untergeordnet und kommt noch zu keiner Entwickelung. Die gleichmäßige Ausbildung des öffentlichen und des Privatrechts, oder des objectiven und subjectiven Rechts, tritt erst im römischen und germanischen Rechte ein. Beide bilden daher neben einander eigentlich die Spitzen der Rechtsentwickelung überhaupt, in ihrer Vereinigung gewissermaßen die Vollendung derselben, und darum auch die Grundlage für das gesammte heutige Recht der gebildeten Welt. Beide beruhen auf der Freiheit des Individuums, der Unterschied ist aber folgender:

Im römischen Rechte erscheint die individuelle Freiheit und ihr Recht als ein abstracter objectiver Begriff, an dem jeder Einzelne gleichmäßig theilnimmt. Das Recht wird daher objectiv erfaßt und so gesetzlich für Alle gleichmäßig fixirt, Alle werden danach beurtheilt, Alle nach gleichem Maße bemessen. Dem Römer erscheint es als die höchste Aufgabe der Gesetzgebung, die durch die XII Tafeln erfüllt sei, omnibus, summis infimisque, iura exaequare. Alles Recht geht daher zwar von den Individuen aus, beruht auf ihrem subjectiven Rechte und hat dessen Anerkennung und Schutz zum Inhalte und Zwecke; allein zum wirklichen Rechte wird es nur, wenn es in objectiver, Alle beherrschender, für Alle geltender Form hingestellt ist, sei es durch Gesetz oder feste Gewohnheit, oder durch Beamte, Rechtsgelehrte oder Kaiser. Eine feste und absolute Staatsgewalt als allgemeine Trägerin der Objectivität und Nothwendigkeit des Rechts ist dem römischen Rechte daher wesentlich. Sie ruht aber an sich in den Subjecten selber, und wird daher in der Republik auch von ihnen selbst durch die eigenthümliche feste Organisation der Bürgerschaft und ihre Herrschaft über die unterworfenen Völker gebildet. Mit der subjectiven Corruption der Bürgerschaft und der weiten Ausdehnung des Bürgerrechts wird dieses Verhältniß unhaltbar und daher die objective Macht des Staates in ihrer Einheit von Einem ergriffen und der Masse gegenüber erhalten. Der Kaiser ist der verkörperte objective Volkswille. Er ist Despot, aber nicht wie im Orient, sondern eigentlich nur als Träger der absoluten potestas und majestas populi, der darum für die Erhaltung des Rechts Aller zu sorgen hat. Erst das Christenthum legt der Kaisergewalt ein neues Princip unter, das der göttlichen Einsetzung zur Durchführung der Rechtsordnung. Damit ist aber das eigentliche antik römische Leben aufgehoben, das alte Princip der Freiheit und Gleichheit im Rechte verschwindet auch im Rechte, die despotischen kastenartigen Scheidungen des byzantinischen Reiches treten ein, das Ganze geht seinem Untergange entgegen.

Im germanischen Rechte erscheint die Freiheit nur als subjective Freiheit des Individuums, sie ist seine eigene That, ein Jeder hat so viel Freiheit, als er sich selber erringen oder bewahren kann. Es gibt keinen objectiven, abstracten und gleichen Maßstab

für die Freiheit und das Recht der Einzelnen, es ist auch keine objective Staatseinheit da, wie im römischen Rechte, die das Recht Aller feststellt und schützt. Das objective Recht lebt nur im Bewußtsein und Zeugniß der Genossen und wird von ihnen geschützt. Die Einzelnen ordnen und gliedern sich nach ihren besonderen Lebensverhältnissen, entweder durch Unter- und Ueberordnung im Lehns- und Bauernrechte, oder durch corporative Verbindung im Gemeinde- und Zunftwesen. Die Staatsordnung selbst ist nur die Gesammtheit dieser subjectiven Vereinbarungen und Gestaltungen. Danach hat, oder vielmehr schafft sich, jeder Stand und Lebenskreis sein besonderes Recht durch Satzungen und Vereinbarungen. Das allgemeine abstracte Recht behält nur einen kleinen Kreis für seine Wirksamkeit. Allgemeine Gesetze über das Recht sind fast gar nicht da, ebenso wenig allgemeine Gerichte; jeder Lebenskreis hat, wie sein eigenes Recht, so auch sein besonderes Gericht. Die organischen Elemente des socialen Lebens, Ständewesen, Gemeinde- und Corporationsleben, Verhältnisse des großen und kleinen Grundbesitzes, die ganze Scheidung der Religion und der Kirche vom Staate u. a. m., kamen auf diese Weise zu einer Geltung und Ausbildung, von der im römischen Rechte kaum eine Spur zu finden ist. Dagegen ging die objective Einheit des Staatsorganismus und die allgemeine Freiheit und Berechtigung des Individuums, die doch die Grundlage der besonderen Berechtigungen bilden muß, in dieser subjectiven Gestaltung der Dinge fast ganz verloren. Diese Einseitigkeit des Feudal- und Corporationsstaates trat denn auch am Ende des Mittelalters in einer völlig unhaltbaren Weise hervor, und führte zu einer Reaction in der Richtung der römischen objectiven Staatseinheit. Eine Verbindung des objectiven römischen Rechts- und Staatsprincipes mit dem subjectiven germanischen war zu einer wirklich organischen Gestaltung des Rechts- und Staatslebens unumgänglich nöthig. Ihre Vollziehung begründet den Uebergang aus dem Mittelalter in die moderne Welt. Sie ging in den einzelnen Ländern in verschiedener Weise vor sich. In Deutschland wurde sie unter directer Reception des römischen Rechts vollzogen. Während aber in Frankreich das objective Element vom Königthume erfaßt, mit List und Gewalt durchgeführt, und damit der französisch romanische Absolutismus und Centralismus begründet wurde, blieben in Deutschland die subjectiven Elemente der Particularstämme und Staaten überwiegend, die Reichseinheit ging ganz zu Grunde, und das moderne Staatsprincip wurde in der bunten und unbefriedigenden Form der Kleinstaaten entwickelt. Sie zu vereinigen und eine Gesammtorganisation zu begründen, in der das objective und das subjective Element des Rechts die ihm zukommende Stellung findet, ist die Aufgabe der Gegenwart in Deutschland.

§. 4. Die welthistorische Bedeutung des römischen Rechts beruht hiernach hauptsächlich darauf, daß in ihm der abstracte Begriff des subjectiven Rechts, also namentlich die allgemeine gleiche Berechtigung des Individuums im Privatrechte, zur Entwickelung gekommen ist. Darin liegt das, was man den universalen Charakter des römischen Rechts nennt. Dies heißt also nicht, daß das römische Recht einfach das ewige absolute Recht für alle Völker und Zeiten ist, oder daß auch nur ein einziges der modernen Völker sich mit ihm begnügen könnte, sondern daß in ihm ein wesentliches und allgemeines Element des Rechts, was sich in jedem Rechte finden und gewissermaßen die Grundlage darin bilden muß, in einer Weise und Vollendung ausgebildet ist, daß es insofern für alle Völker und Zeiten ein theoretisch und praktisch verwendbares Vorbild enthält.

Die Entwickelung dieses universalen Charakters steht natürlich mit der Entwickelung der ganzen römischen Geschichte überhaupt in engster Verbindung. Sie ist nur dadurch möglich geworden, daß auch der römische Staat sich von einer kleinen Stadt zu einem Weltreiche, das die verschiedensten Völker in sich schloß, ausgedehnt hat. Doch darf man sich diese universale Ausbildung des römischen Rechts nicht als eine einfache Vereinigung

der verschiedenen Volksrechte und ein Aufgehen des nationalen römischen Rechts in ihnen denken. Vielmehr ist die Einheit und Centralisation in der Rechtsbildung fast noch mehr als in der politischen Herrschaft festgehalten. Allerdings zog man aus allen Rechten die brauchbaren Elemente heraus, allein nur um sie mit dem eigenen Rechte zu verarbeiten, in dessen Geist und Form umzugestalten und sie so wieder als specifisch römisches Recht über die Welt zu verbreiten. Aus diesem eigenthümlichen Assimilationsprocesse erklärt es sich, daß das römische Recht auch in seiner spätesten und universalsten Ausbildung doch in Geist und Form stets seinen Grundcharakter beibehalten hat, und überall die Spuren seiner älteren Zustände durchblicken läßt.

Dem entsprechend muß sich die Darstellung der römischen Rechtsgeschichte enge an die allgemeine politische Geschichte der Römer anschließen. Namentlich sind die allgemeinen Entwickelungsperioden derselben, Königthum, Republik und Kaiserzeit mit ihren verschiedenen Phasen, auch hier als maßgebend festzuhalten.

Man pflegt bei der Rechtsgeschichte in der Regel eine äußere und eine innere, oder Geschichte der Rechtsquellen und der Rechtssätze zu unterscheiden. Für Detaildarstellungen ist dies auch zweckmäßig. An sich stehen aber natürlich beide in enger Verbindung und Wechselwirkung, und können daher bei einer allgemeinen Darstellung der Rechtsentwickelung nicht eigentlich getrennt werden, wenn gleich die Schilderung der rechtsbildenden Organe und ihrer Thätigkeit die Hauptsache ausmachen muß. [1])

Erster Abschnitt. Das Königthum. §. 5. Es liegt nahe, bei einer so großartigen Erscheinung, wie die römische Rechtsbildung, die letzten Gründe bereits in den ersten Anfängen und Elementen des Staates und Volkes zu suchen. Unzweifelhaft ist darin auch der erste Kern bereits enthalten. Indessen muß man sich hüten, in einzelnen äußeren Thatsachen und Erscheinungen den Grund für Verhältnisse zu sehen, die doch nur in dem gesammten Wesen und Charakter eines Volksstammes, die als solche stets etwas Unerklärbares bleiben, ihre Begründung finden können. So hat man namentlich die verschiedenen Sagen über die Entstehung Roms zur Erklärung des römischen Rechtssinnes benutzen wollen: die Vereinigung allerlei heimathlosen Gesindels habe eine neue, ganz originäre Rechtsbildung nach dem Principe der abstracten Persönlichkeit hervorgerufen, oder die Verbindung von drei Stämmen habe nothwendig Reibungen, und damit eifersüchtigen Rechtsegoismus und abstracte Vereinigung der Rechte nach sich gezogen. Allein mit Recht ist gegen alle solche Speculationen, abgesehen von anderen Gründen, besonders von Mommsen die ursprüngliche Einheit der römischen Sprache, Religion und Lebens- und Rechtssitte sowohl in sich als mit den übrigen latinischen Städten geltend gemacht. Rom erscheint danach in seinem Anfange einfach als eine latinische Stadt, und zwar keine der größeren, die nur durch ihre günstige Lage und weitere Umstände allmählig eine größere Bedeutung als die übrigen erlangt und diese in sich aufgenommen hat. Einzelne fremde Beimischungen mögen bei der Grenzlage stattgefunden haben, allein der latinische Stamm ist der eigentliche allgemeine Boden, aus dem das römische Volk und Recht hervorgewachsen sind. Wer aber waren die Latiner? Jedenfalls indogermanischer Rasse, Stammverwandte der Griechen, aber nicht Abkömmlinge von ihnen, zu Lande, nicht zu Wasser, in Italien eingewandert. Griechische Eitelkeit hat den Römern die griechische Abstammung einzureden gesucht, und die vielen Anklänge beider Sprachen haben der Idee auch bei uns

[1]) Die neueren Hauptwerke über die römische Rechtsgeschichte sind: Burchardi, Staats- und Rechtsgeschichte der Römer. 1841. (Erster Bd. des Lehrb. d. röm. R.). Erxleben, Einleitung in das röm. Privatrecht. 1854. (Erster Bd. des Lehrb. d. röm. R.). Rudorff, röm. Rechtsgesch. 2 Bde. 1857. Walter, Gesch. d. röm. R. 2 Bde. 1860. (1. Aufl. 1834). Puchta, Gesch. d. Rechts bei dem röm. Volk 1866. (Erster Bd. der Institutionen. 1. Aufl. 1841.)

vielfach Eingang verschafft. Allein die tiefgreifenden Unterschiede beider Stämme in Anlagen, Charakter, Religion, Lebenssitte, Recht und der ganzen Richtung des geistigen Lebens lassen nur die Annahme der Seitenverwandtschaft, nicht der Abstammung, zu.[1]

§. 6. Die ältesten Rechtszustände in Rom muß man sich sehr einfach denken. Stadt und Gebiet waren klein, wenige Quadratmeilen zum Theil unfruchtbaren Bodens, die Einwohner, höchstens 10—20,000, Hirten und Bauern. Ihr Leben war zwar über die Zustände des Nomaden- und reinen Hirtenlebens hinaus. Ackerwirthschaft ist bereits mit der Viehwirthschaft verbunden, doch scheint die letztere noch vorwiegend gewesen zu sein. Das Vermögen besteht vorzugsweise in Vieh, und wird danach bezeichnet (pecunia). Geld existirt noch nicht, nur wird bereits Kupfer als Tauschmittel gebraucht und in rohen Stücken zugewogen. Die Weide ist Gemeinland (ager publicus), worauf jeder Bürger sein Vieh nach Belieben treiben kann. Der Stand der Ackerwirthschaft ist nicht ganz klar. Jeder Bürger soll ein kleines Privatgut (heredium) von zwei Morgen gehabt haben; allein es ist wahrscheinlich, daß dieses nur für Haus, Hof und Garten war, und daß daneben noch, wie bei andern indogermanischen Völkern, in irgend einer Weise eine Ackergemeinschaft bestand, entweder nach Geschlechtern (gentes), oder nach Gemeinden (curiae). Das Grundeigenthum war dann in so weit gebunden und unveräußerlich, wogegen die Heredien freies und veräußerliches Eigenthum bildeten. Die Annahme, daß umgekehrt die Heredien unveräußerliche „Erbgüter" gewesen seien, beruht auf falscher Deutung des Wortes heredium. Heres bedeutet ursprünglich nicht Erbe, sondern Herr, herus. Bei den Heredien liegt daher auch der Anfang der eigenthümlichen Gleichstellung des Grundeigenthums mit dem Eigenthume an beweglichen Sachen, die das römische Recht so vom germanischen unterscheidet. Man hatte für die Veräußerung der Heredien keine andere Form, als bei den Hauptgegenständen der Ackerwirthschaft, den Sklaven und Lastthieren. Der Erwerber ließ sich die Sache vor Zeugen zur förmlichen Besitzergreifung (manu captio) übergeben, indem er seinerseits im Falle des Kaufes den Kaufpreis in Kupferstücken durch einen sog. libripens zuwägen ließ und übergab (mancipatio). Gewerbe und Industrie existirte bei solchem Culturzustande natürlich fast noch gar nicht, doch sollen die nöthigsten Handwerke schon von Numa in Zünfte geordnet sein, nämlich Zimmerleute, Schmiede, Gerber und Riemer, Töpfer, Färber und auffallenderweise auch Goldarbeiter. Das letztere setzt einen gewissen Handel und Verkehr voraus. Doch war dies nur Landhandel mit den benachbarten Latinern und Etruskern, besonders Eintausch von Metallen gegen die Erzeugnisse der Land- und Viehwirthschaft. Der Seehandel entstand erst später. Das spätere Münzzeichen der Römer ist zwar eine Galeere, das frühere aber Kühe und Schafe.

Diesen wirthschaftlichen Zuständen entsprechend war auch der innere Verkehr nur gering. Die innere Bewegung des Eigenthums kann noch keine lebhafte gewesen sein. Darum existirt auch noch kein eigentliches Vertragssystem; Baarzahlung oder Treu und Glauben (fides) beherrschen den Verkehr. Feste Verpflichtung entsteht nur bei den Geschäften, wo Kupferzuwägung vor Zeugen stattfindet (negotia per aes et libram), das ist Kauf und Darlehn (mancipium und nexum). Der erste verpflichtet zur Gewährschaft des Eigenthums (auctoritas), das letztere zur Rückgabe des Darlehns. Außerdem dienen Eid und feierliches Gelübde (sponsio) zu religiöser Bestärkung von Verträgen.

§. 7. In der Bevölkerung sind zwei Bestandtheile unterschieden, das eigentliche Volk, die berechtigte Bürgerschaft, und eine abhängige Bevölkerung, die Clienten. Die erstere besteht aus einer geschlossenen Anzahl von Geschlechtern (gentes), d. h. größern

[1] Mommsen, römische Geschichte. B. I. Cap. 2.

Familienverbänden, deren Verbindung nicht mehr auf nachweislicher Verwandtschaft beruht, sondern nur auf der gemeinsamen Tradition, Namen, Opfern (sacra), Festen u. dgl. Die rechtliche Kraft des Bandes läßt sich in der späteren Zeit der Auflockerung, wo fast nur noch Vormundschafts- und Erbverbindung als Reste übrig geblieben sind, nicht mehr vollständig erkennen. Unzweifelhaft war sie ursprünglich viel enger, und hat auch eine gewisse Gemeinschaft wenigstens des Grundeigenthums in sich geschlossen.

Die gentes, angeblich 300 an Zahl, waren in 3 Tribus und 30 Curiae geschieden. Die ersteren (Ramnes, Tities, Luceres) waren wohl verschiedene im Staate vereinigte Stämme, doch hat der Unterschied in der historischen Zeit keine rechtliche oder politische Bedeutung mehr. Die Curien waren dagegen eine Art Gemeinden, mit besonderen Vorstehern (curiones), Gebäuden, Opfern und Festen, vielleicht auch Ackergebieten.

In den gentes standen die einzelnen Familien mit großer Selbstständigkeit ihres inneren Lebens. Der einzelne Familienvater hat in seinem Hause über Frau und Kinder noch die absolute Gewalt des Urzustandes. Gesetz und Staat beschränken ihn noch nicht, die natürliche Sittlichkeit des Familienlebens und die Religion sind die einzigen, aber genügenden Schranken. Er ist ihr Herr über Leben und Tod, kann sie verkaufen und ihr gesammter Erwerb gehört von selber ihm. Auch ihr zukünftiges Erbrecht beschränkt sein Verfügungsrecht nicht. Nur bei sittewidriger Verschwendung kann die gens eingreifen und ihm die Verwaltung nehmen. Die Söhne bleiben im Hause und in der Gewalt, auch wenn sie erwachsen sind, heirathen und Kinder bekommen. Die Töchter treten dagegen mit der Heirath in die Familie und Gewalt ihres Mannes, ihre Kinder gehören in dessen Familie. So scheiden sich von selbst agnatische und cognatische Verwandtschaft. Mit dem Tode des Hausvaters werden seine Kinder, oder verstorbener Söhne Enkel, von selbst frei und Herren des Vermögens. Sind keine da, so fällt das Vermögen an die nächsten Agnaten, sonst an die gens. Doch kann, wer keine Kinder hat, um das Aussterben der Familien und gentes zu verhindern, unter Zustimmung der Priester und des Volkes einen Sohn adoptiren, oder auch sonst beim Tode den Herrn für sein Vermögen bestimmen. Die Ehe ist monogamisch und wird in religiöser Form vor Zeugen mit Auspicien und Opfern, namentlich des panis farreus, geschlossen (confarreatio). Sie bringt die Frau in die volle Familiengewalt (manus) des Mannes. Scheidung war entweder gar nicht erlaubt, oder nur unter Mitwirkung der Priester (diffarreatio). Die Frauen hatten demnach zwar eine würdige Stellung, doch standen sie, wenn sie weder Vater noch Mann hatten, unter der Vormundschaft der Agnaten oder Gentilen.

Unter den gentes und an sie vertheilt stehen die Clienten, eine abhängige Bevölkerung von unterworfenen Ureinwohnern, fremden Flüchtlingen und freigelassenen Sklaven. Sie haben kein selbstständiges Recht, sondern müssen durch einen Bürger der gens als Patron geschützt und vertreten werden, können Land nur von der gens als precarium erhalten, und sind dafür zu Diensten und Abgaben verpflichtet. Ihr Schutz gegen den Patron ist nur ein religiöser.

§. 8. Die Staatsverfassung der eigentlichen Bürgerschaft ist eine eigenthümliche Mischung von monarchischen, theokratischen, aristokratischen und demokratischen Elementen. Ein König mit vollem imperium, d. h. absoluter Regierungsgewalt, zwar factisch vom Volke gewählt, aber formell von den Göttern eingesetzt, darum lebenslänglich und unverantwortlich; daneben eine Priesterschaft, die mit ihren Opfern und Auspicien fast in alle öffentlichen und Privatverhältnisse eingreift, zwar vom Könige abhängig ist, aber doch mit ihren festen und zähen Formen und Sätzen eine selbstständige Macht bildet; ein Senat, der zwar nur selbstgewählter Rath des Königs ist, aber stets die mächtigsten und einflußreichsten Häupter der gentes in sich schließt; endlich Volksversammlungen, die zwar nur vom Könige berufen werden können,

in denen dann aber einfach nach den Curien abgestimmt wird (comitia curiata), jeder mündige Bürger also gleiches Recht hat. Eine genaue Abgrenzung des Verhältnisses dieser vier Elemente, namentlich der Gewalt des Königs und des Volkes, hat man bei uns vielfach versucht; indessen muß man sich hüten, die scharfen rechtlichen Grenzen der späteren und heutigen Zeit in diese Urzeit hinein zu verlegen. Die Macht der factischen Umstände und namentlich die Persönlichkeit der einzelnen Könige bestimmten wohl hauptsächlich die Entscheidungen.

Diesen Elementen der Verfassung entsprechend ist die Rechtspflege. Der König ist der einzige Richter, sowohl in Civil- als Criminalsachen. Eine Mitwirkung des Volkes durch Geschworene findet nicht statt, nur in Criminalsachen kann der König eine Berufung an das Volk und Comitialentscheidung, aber mehr wie eine Art Begnadigung, zulassen. Dagegen sind sacrale Elemente eingemischt. Im Civilprocesse muß jede Partei ihr Recht beschwören, und eine Buße an die Götter für den Fall des falschen Eides einsetzen (sacramentum). Im Strafrechte ist eine Reihe von Sacralverbrechen mit dem Principe der Verletzung der Götter und mit der Strafe: diis sacer esto. Wie weit freilich in beiden Beziehungen das sacrale Element reichte, und namentlich eine Betheiligung des Priesterthums stattfand, ist unklar. — Die Execution im Civilprocesse ist reine Personalexecution, der Sieger hält sich an die Person des Verurtheilten (manus injectio), dieser ist ihm, wenn er nicht zahlt, mit Freiheit und Leben verfallen. Im Strafrechte scheiden sich, abgesehen von den Sacralverbrechen, die Verbrechen gegen die Person und gegen den Staat. Bei den ersteren ist das Princip der Privatrache, bei den letzteren das der Selbsterhaltung des Staats.

§. 9. Daß dieser ganze Urzustand des römischen Rechts nicht durch reflectirte Gesetzgebung künstlich geschaffen, sondern der Ausdruck eines ursprünglichen Volkslebens ist, und seine Entstehung der Sitte und Gewohnheit des Volkes von seinen Urzuständen her verdankt, bedarf keines Beweises. Die Darstellung der römischen Geschichtschreiber, als ob Romulus und Numa alles Recht durch Gesetze neu geschaffen hätten, sogar auch solche Institute, wie Ehe, väterliche Gewalt, Gentilität, beruht auf der vulgären Vorstellung, daß ohne Gesetz kein Recht sei. Sie schrieben danach einfach jede uralte Einrichtung in Rom dem einen oder dem andern zu, je nachdem sie rein rechtlich oder mehr religiös war. Eine andere Frage ist, ob nicht im weiteren Verlaufe der Königszeit Aenderungen durch neue eigentliche Gesetze gemacht sind. Die Römer selber, Juristen und Nichtjuristen, nehmen dieses einstimmig an. Sie nennen diese Gesetze leges regiae, sagen jedoch, daß sie von den Königen nur vorgeschlagen, aber vom Volke in den comitia curiata beschlossen seien. Sie erzählen ferner, daß nach der Vertreibung der Könige ein Pontifex maximus Sextus Papirius eine Sammlung dieser leges regiae gemacht habe, die das Ius Papirianum genannt werde. Sie führen auch mehrfach einzelne solche Gesetze an, zum Theil selbst dem Wortlaute nach, eines ist sogar noch in den Pandekten genannt (D. 11, 7, 2). Ihr Inhalt indessen, wie z. B. die Einführung der ehelichen und väterlichen Gewalt, das Verbot, Fische ohne Schuppen und Wein von unbeschnittenen Reben zu opfern, schwangere Frauen ohne Versuch der Rettung des Kindes zu begraben, u. a., zeigt deutlich, daß alle diese angeblichen leges regiae nichts anderes sind, als entweder altes Gewohnheitsrecht, oder priesterliche Gebräuche und Satzungen.

Abgesehen hiervon wäre es allerdings an sich gar nicht unwahrscheinlich, daß in den drittehalb Jahrhunderten der Königszeit, in denen der Staat sich doch schon bedeutend vergrößerte und sich namentlich das neue Element der Plebejer bildete, wirklich mehrfach eigentliche Gesetze gegeben wären. Bei der Verfassungsform des Servius ist dies sogar kaum anders denkbar, und wenn Dionys sagt, daß Servius fünfzig Gesetze über Verträge

und Delicte gegeben habe, so ist dies an sich höchst glaubwürdig. Allein von allen diesen und ähnlichen Gesetzen haben wir durchaus gar keine speciellere Kenntniß, die Gesetze von Servius sollen auch von Tarquinius wieder aufgehoben und zerstört sein.[1])

§. 10. Ein neues Lebenselement erhielt der alte patricische Urstaat durch die Bildung des Plebejerstandes. Nach der römischen Darstellung ist der Unterschied von Patriciern und Plebejern zwar von Anfang an gewesen. Die Plebejer sind die Armen: die Masse des Volkes, die Patricier die Reichen: der Adel. Indessen schließt diese Darstellung eine solche Menge innerer und äußerer Widersprüche in sich, daß die neuere historische Kritik seit Niebuhr sich überwiegend (wenn auch nicht einstimmig) für eine andere Auffassung entschieden hat. Die Patricier waren ursprünglich die einzige wirkliche und berechtigte Bürgerschaft. Die Plebejer sind daneben erst allmählig, besonders durch die Incorporation der eroberten Nachbarstädte, entstanden. Anfangs unberechtigt, wahrscheinlich Clienten des Königs, erlangten sie durch ihre zunehmende Masse allmählig thatsächlich eine solche Bedeutung, daß Servius sie in seiner neuen Verfassung mit in das Bürgerrecht aufnahm Indessen behielten die Patricier daneben einen großen Theil ihres besonderen alten Rechtes und kamen dadurch, zumal da ihre Anzahl bei ihren geschlossenen gentes fortwährend abnahm, allmählig von selbst in die Stellung eines bevorrechteten Geschlechtsadels. Es ist ein ähnlicher historischer Proceß, wie er sich im Mittelalter auch in Deutschland in vielen Städten vollzogen hat.

Die Bildung des Plebejerstandes war für die Rechtsbildung von außerordentlicher Wichtigkeit. Die Plebejer waren zwar zum größten Theile auch latinischen Stammes, allein durch die Zerstörung ihrer Städte, den Verlust ihres Vermögens, die Aufhebung ihres Gemeinwesens, die Verpflanzung nach Rom, die Vermischung mit der übrigen plebejischen Bevölkerung, und die Unterwerfung unter die Patricier traten sie doch in eigenthümliche Verhältnisse. Sie mußten sich der römischen Gestaltung des Rechts anschließen, hatten indessen an vielen Instituten der Patricier keinen Antheil, so namentlich an dem Gentilrechte der Patricier, am Grundeigenthum und der Feldgemeinschaft derselben, am ager publicus, an dem gesammten patricischen Sacralrechte, auch der Ehe, und namentlich an den Comitien und allem, was davon abhing, wie auch Testament und Adoption. Durch die Servianische Verfassung und die Republik ist zwar vieles davon auf sie mit übertragen, indessen entstand bei ihnen doch eine Neubildung des Rechts, die vielfach ganz neue Richtungen einschlug, und damit neue Grundlagen schuf, die bei der späteren Gestaltung der Verhältnisse die allgemeine Herrschaft im Rechte erlangten. Es tritt das namentlich in zwei Beziehungen scharf hervor, in der Aenderung der agrarischen Verhältnisse und in der Verweltlichung des Rechts. Bei den Plebejern war kein Boden für Feldgemeinschaft und Familiengüter. Sie bekamen überhaupt nur kleine Ackerlose, ähnlich den alten Heredien. und auf diese wurde einfach auch das alte Recht der Heredien, die freie Veräußerlichkeit und Theilbarkeit, und als Veräußerungsform die Mancipation angewendet. Dadurch wurde die Idee des freien Grundeigenthums allmählig zur allgemein herrschenden. Auch die Patricier theilten ihre Gemeinschaften (wohl nicht auf einmal, sondern allmählig in den einzelnen gentes), und so entstand jene abstracte Behandlung des Eigenthums, ohne wesentlichen Unterschied von Mobilien und Immobilien, die das römische Recht so wesentlich vom germanischen unterscheidet, die aber für den alten patricischen Geschlechterstaat nahezu unbegreiflich wäre. Näheres über Zeit und Art dieser Umwandlung wissen wir freilich nicht, die späteren Römer hatten kein rechtes Bewußtsein mehr davon.

---

[1]) Eine kritische Zusammenstellung der Ueberbleibsel der Leges regiae gibt Dirksen, Versuche zur Kritik des röm. Rechts, S. 234—358.

Nicht weniger wichtig war die Verweltlichung des Rechtes. Die Plebejer hatten anfangs gar keinen Antheil an den sacra der Patricier. Sie hatten zwar im wesentlichen dieselbe Religion, aber doch je nach ihrem Ursprunge in verschiedener Weise. Daher bildete die Religion bei ihnen in Rom keine feste, das Recht äußerlich beherrschende Macht, sondern ging mehr neben her, und das Recht bekam seine selbstständige, rein juristische Kraft und Form. So entstanden die weltliche, d. h. nichtsacrale Ehe, manus, Adoption, Testament, Sponsion, Proceßsacrament u. a. Im öffentlichen Rechte, das noch lange ganz in den Händen der Patricier blieb, erhielt sich das sacrale Element natürlich länger, so namentlich bei allen Staatsacten und im Völkerrechte, aber auch im Strafrechte bei den Sacralverbrechen. Doch wurde es auch hier von den Plebejern allmählig beseitigt oder vermindert, oder wenigstens zur leeren Form herabgesetzt.

§. 11. Daß der vorletzte König, Servius Tullius, tiefgreifende Veränderungen im Staatsleben eingeführt habe, ist einstimmige Ueberlieferung der Römer. Sie schreiben ihm eine vollständige, tief durchdachte, alle Seiten des Staatslebens, die finanzielle, militärische, administrative und politische, organisch zusammenschließende neue Staatsverfassung zu. Servius erscheint danach als einer der bedeutendsten politischen Köpfe des ganzen Alterthums. Die moderne Kritik hat dieses Verdienst auf das Maß einer neuen Militärorganisation zurückführen wollen,[1]) das übrige sei spätere Zuthat. Indessen war die neue gemeinsame Militärorganisation für Patricier und Plebejer nicht möglich ohne Aufnahme der letzteren in die Civität, und diese wieder nicht ohne eine neue Ordnung der Comitien, dann aber knüpfte sich die neue Steuer- und Verwaltungsordnung von selber daran. Ueberhaupt aber ist es kaum glaublich, daß die innere Einheit des Ganzen nicht einem schöpferischen Geiste entsprungen sei.

Den nächsten Anstoß mag allerdings die Militärorganisation gegeben haben. Sie bildet jedenfalls die Grundlage des Ganzen. Sie ruht noch auf der alten kriegerischen Volksanschauung, daß der Kriegsdienst Pflicht und Ehrensache des eigentlichen Bürgers ist. Daher ist der eigentliche Kriegsdienst auf die wohlhabenden, wie es scheint die ansässigen (assidui), beschränkt, die armen (proletarii) werden höchstens als Ersatzmannschaft zugezogen. Bei den ersteren wird wieder Reiterei und Fußheer unterschieden. Zu jener sind nur die reichsten, und namentlich die Patricier, berechtigt und werden in achtzehn Abtheilungen (centuriae) getheilt. Die übrigen werden für die üblichen fünf Grade der Bewaffnung mit Selbstausrüstung nach dem Vermögen (Grundbesitze) in fünf Klassen geschieden; aus jeder wird eine bestimmte Zahl von Centurien für das Heer entnommen, aus der ersten achtzig, aus den drei folgenden je zwanzig, aus der untersten dreißig, immer zur Hälfte iuniores (bis fünfundvierzig Jahr) zur Offensive, zur Hälfte seniores zur Defensive. Dazu kommen noch vier Centurien Kriegshandwerker und Musikanten und eine Centurie Proletarier.

Der Heeresordnung entsprechend ist die neue Comitialordnung. Jede Klasse bildet so viel Stimm-Centurien, als sie Heerescenturien zu stellen hat, auch immer halb iuniores, halb seniores. Ebenso ist nach den Klassen auch die Besteuerung geordnet.

Der eigenthümliche politische Gedanke in dem Ganzen ist die Erfindung des Klassensystems für die politische Berechtigung. Dabei liegt aber nicht einfach, wie man meistens annimmt, die aristokratische oder timokratische Idee zu Grunde, daß die Reichen mehr gelten sollen, wie die Armen, sondern das tiefere Princip, daß die politische Berechtigung mit der politischen Verpflichtung in einem entsprechenden Verhältnisse stehen soll. Wer mehr Pflicht hat, soll auch mehr Recht haben. Die reicheren Klassen haben eben darum

---

[1]) Mommsen, römische Geschichte, Bd. I. S. 90—97.

mehr Centuriatstimmen, als die ärmeren, weil ihre Kriegs- und Steuerpflicht eine schwerere ist; die Alten haben mit den Jungen darum trotz kleinerer Kopfzahl doch gleiche Centurienzahl, weil sie die politischen Pflichten schon länger getragen haben. Erst später, wo die Kriegspflicht anders geordnet war, und die Steuerpflicht ganz aufhörte, ist das Klassensystem auf das reine Vermögensprincip zurückgeführt, doch ist dann auch das Zahlenverhältniß der Centurien geändert und auf gleicheres Maß gesetzt. Die alten Zahlen sind freilich in ihrer näheren Begründung für uns auch unklar.

Auf die übrigen Theile der Servianischen Verfassung kann hier nicht weiter eingegangen werden.

Zweiter Abschnitt. Die Republik. I. Die Anfänge und die XII Tafeln. § 12. Die Einführung der Republik bestand anfangs eigentlich nur in der Einsetzung von zwei einjährigen Vorständen anstatt des einen lebenslänglichen. Dem Inhalte nach sollte die Gewalt der Consuln dieselbe sein, wie die alte königliche. Unmöglich konnte dies Dauer haben. Es mußte bald eine durchgreifende Veränderung aller Verhältnisse nach sich ziehen. Zunächst fiel der Schwerpunkt der Regierungsgewalt in den Senat, also die Aristokratie, aus der die Consuln hervorgingen und ohne deren Unterstützung sie nichts Bedeutendes und Dauerndes durchsetzen konnten. Dann mußte die Macht der Volksversammlung steigen, da sie die Wahl der Consuln und sonstigen Beamten hatten, und dazu jetzt die eigentliche Gesetzgebung und bald auch die höhere Criminaljustiz bekamen. Die Macht der Beamten wurde dagegen sehr beschränkt, zunächst schon durch die kurze Dauer, die Verantwortlichkeit und die Möglichkeit der Intercession, dann durch die Entziehung der Criminaljustiz und die Einführung von Civilgeschwornen und endlich durch die Theilung der Gewalt mittelst Bildung neuer selbstständiger Aemter. Außerdem mußte das Verhältniß der Patricier und Plebejer jetzt ein anderes werden. Sie standen jetzt direct, ohne Vermittelung einer über ihnen stehenden königlichen Gewalt, einander gegenüber. Dadurch wurde einerseits der Druck der Patricier härter, andererseits die Widerstandskraft der Plebejer größer. Beides trat sofort hervor, und führte zu dem fast zweihundertjährigen Kampfe, der mit der vollständigen Aufhebung der Vorrechte der Patricier endete.

§. 13. Auf die Rechtsbildung mußten alle diese Umstände einen unmittelbaren und tiefgreifenden Einfluß haben. Die Patricier hatten im Consulate die Rechtspflege unbeschränkt in Händen, und benutzten dies vielfach zur Bedrückung der Plebejer, namentlich im Strafrechte. Zwar wurde gleich anfangs das Recht der Provocation ans Volk für Todesstrafe und körperliche Züchtigung durch eine Lex Valeria von Valerius Poplicola eingeführt. Doch wurde auch dieses vielfach mißachtet. Sobald die Plebejer daher im J. 260 durch die secessio in montem sacrum die Einführung der Volkstribunen erzwungen hatten, fingen sie an, auf Beschränkung der consularischen Justiz zu dringen. Die ersten Erfolge davon waren die Einführung von Geschwornen in Civilsachen, und die Beschränkung der arbiträren Vermögensstrafen (multae) auf ein Maximum von dreißig Schafen und zwei Rindern (Lex Aternia Tarpeja, 303). Besonders wichtig und folgenreich für die ganze römische Rechtsbildung war das erstere. Es wurde dadurch zuerst eine unmittelbare Theilnahme des Volkes, zunächst freilich nur der Senatoren, an der Rechtspflege eingeführt. Die näheren Umstände der Einführung wissen wir leider nicht. Später finden wir verschiedene Arten von Geschwornen, bei Eigenthums- und Statussachen Collegien von zehn und hundert Geschwornen (decemviri, centumviri litibus iudicandis), bei Schuldklagen einen oder drei Geschworne. Wann und wie diese Unterschiede entstanden sind, ist sehr zweifelhaft. Wesentlich war aber von Anfang an, daß die Scheidung zwischen den Beamten und Geschwornen nicht nach Rechts- und Thatfrage ge-

ordnet wurde, sondern so, daß der Beamte nur die Einleitung und Constituirung des Streites hatte, die weitere Untersuchung und die Entscheidung Sache der Geschwornen war, und nur die Execution wieder an den Beamten kam. Die Bedeutung der römischen Geschwornen ist danach eine wesentlich andere, als die des germanischen Volksgerichtes. Der römische Geschworne ist Vertreter des Beamten, er soll die Willkür desselben verhindern, und eine objectiv den Gesetzen entsprechende Entscheidung herbeiführen. Das Gesetz steht aber über ihm, wie über dem Beamten. Es ist nicht wie beim germanischen Volksgerichte, wo die Gemeinde, oder in ihrer Vertretung die Schöffen, unmittelbar als solche das eigentlich nur in ihrem Bewußtsein lebende Recht selber finden und weisen sollen.

§. 14. Die Mißbräuche der consularischen Justiz waren durch diese Einrichtungen nicht verhindert. Die Klagen über Härten und Ungerechtigkeit, und namentlich über ungleiche Behandlung der Patricier und Plebejer dauerten fort. Die natürliche Unbestimmtheit und Biegsamkeit des Gewohnheitsrechts, bei volksthümlicher Rechtspflege nur förderlich für eine billige Rechtsanwendung, scheint von den Patriciern zum Deckmantel der Parteilichkeit mißbraucht zu sein. Daher stellt schon im J. 292 der Tribun Terentilius Arsa den Antrag auf Abfassung von festen Gesetzen über das imperium consulare. Die Patricier setzen den heftigsten Widerstand entgegen. Acht Jahre lang wissen sie ihn zu hintertreiben. Endlich vereinigt man sich, das gesammte Recht in feste Gesetze zu bringen. Neuer Aufschub wird durch eine Gesandtschaft nach Athen zur Herbeischaffung der griechischen Gesetze erlangt. Dann geht man ans Werk (303), aber nicht durch einfache Einsetzung einer Gesetzgebungs-Commission, vielmehr wird die ganze Verfassung aufgehoben, statt der Consuln und Tribunen werden zehn Männer auf ein Jahr ernannt, die den Staat regieren und zugleich die Gesetze machen sollen. Vielleicht lag der Plan einer dauernden Verfassungsänderung, namentlich Beseitigung des Gegensatzes von Consuln und Tribunen, zu Grunde, doch entsprach der Erfolg dem jedenfalls nicht. Die Gesetze waren auffallend schnell fertig. Noch in demselben Jahre wurden zehn Tafeln den Comitien vorgelegt, von ihnen bestätigt und in Erztafeln auf dem Forum aufgestellt. Dennoch wurden für das nächste Jahr neue Decemvirn ernannt, weil Nachträge nöthig seien. Sie liefern zwei neue Tafeln, Cicero nennt sie tabulae iniquarum legum. Unter dem Vorwande noch weiterer Nachträge prolongiren sie eigenmächtig ihr Amt auch ins folgende Jahr, werden dann aber auf Veranlassung des berühmten Processes der Virginia gestürzt, und die alte Verfassung wird wieder hergestellt. Die gegebenen Gesetze bleiben

Der Inhalt der XII Tafeln war, so viel wir wissen, hauptsächlich nur Privat- und Strafrecht, und Civil- und Criminalproceß, außerdem noch Bestimmungen über die Leichenbestattung und den Kalender. Ob noch Weiteres über Staats- und Sacralrecht darin stand, ist nicht zu entscheiden, möglich wäre es, keinenfalls war es viel. Rhetorische Uebertreibung ist es, wenn Livius sie fons omnis publici privatique iuris nennt.

Die Quelle für den Inhalt war überwiegend nur das längst in der römischen Gewohnheit lebende Recht. Nur wurde dasselbe in allen Punkten genauer formulirt und gestaltet, und dazu kamen mannichfache Aenderungen und Zusätze aus Zweckmäßigkeitsgründen und politischen Rücksichten. Es war eigentliche Codification, nicht bloße Incorporation. Daß griechische Elemente mit berücksichtigt sind, ist außer Zweifel. Wenn aber die Römer mitunter die Solonischen Gesetze als Hauptquelle bezeichnen, so ist dies entschieden falsch. Nur Weniges und Unbedeutendes läßt sich darauf zurückführen. Wesentliche Aenderungen am bisherigen Rechte sind überhaupt wohl nur im Processe und Strafrechte gemacht, namentlich durch Beschränkung der Beamtenjustiz und Ausdehnung der Volksjustiz.

Digitized by Google

Die Form ist eigenthümlich. Eine Reihe absoluter Gebote oder Verbote, oder kategorischer Rechtssätze, alles im einfachen Imperativ, mit lapidarischer Kürze, aber einer gewissen großartigen Rhetorik; die Detaillirung merkwürdig verschieden; einzelnes, was specielle Tagesfragen betraf, wie z. B. Proceß, Execution und Schuldhaft, mit minutiöser Genauigkeit, anderes, an sich Wichtigeres, z. B. Verträge und Testamente, nur in allgemeinen Sätzen. Charakteristisch ist die ängstliche Vorsicht in der Wortfassung, namentlich um bei den Imperativen das Müssen und Dürfen zu trennen.[1])

Werth und Bedeutung des ganzen Gesetzwerkes sind sehr hoch zu stellen, theils wegen der Vollständigkeit, mit der es sich über alle Theile des Rechts erstreckt, theils wegen des echt juristischen und praktischen Charakters seiner Bestimmungen, theils wegen der Schärfe und Klarheit der Gedanken und des Ausdrucks. Das juristische Talent der Römer tritt schon hier sehr scharf hervor, keine Gesetzgebung ähnlicher Culturstufen kann sich in dieser Beziehung mit den XII Tafeln messen.

Auf uns gekommen sind die XII Tafeln leider nur sehr fragmentarisch. Die ursprünglichen Tafeln sind bei der gallischen Zerstörung der Stadt mit zerstört, und sind auch später nicht wieder hergestellt. Der Inhalt wurde zwar, wenigstens im wesentlichen, erhalten, er bildete im sechsten Jahrhunderte in dem ersten eigentlichen juristischen Buche, dem s. g. Jus Aelianum oder der Tripertita des Sextus Aelius Catus, den ersten Theil, dem als zweiter eine Interpretation folgte, auch wurden unter Augustus Commentare dazu geschrieben, ein juristischer von Labeo und ein historisch-philologischer von Messalla, und zuletzt sogar noch unter Antoninus Pius ein juristisch-historischer von Gajus in sechs Büchern; allein der heutigen Zeit ist von alledem weiter nichts überliefert, als eine Reihe von einzelnen Citaten, Relationen und Anspielungen bei den juristischen und nichtjuristischen Schriftstellern, aus denen sich immer nur ein sehr unvollkommenes Bild des Ganzen wieder zusammensetzen läßt.[2])

II. Das ius civile und das ius gentium. §. 15. Die weitere Rechtsbildung im Verlaufe der Republik nimmt bei der allmähligen Entwickelung des ganzen römischen Lebens eine mannichfach bunte Gestalt an. Es ist nicht eine einförmige Fortbildung durch neue Gesetze, sondern in fast dramatischer Weise tritt jedes neue Element in eigener neuer Form neben oder nach dem andern auf, das nationale in der priesterlichen Interpretation der XII Tafeln, das universale in der Bildung des ius gentium, das politische in der eigentlichen Volksgesetzgebung, das rein juristische Utilitäts- und Aequitätselement in den prätorischen Edicten, das logische in der aufkeimenden Wissenschaft.

Zunächst von der Interpretation der XII Tafeln. Die XII Tafeln blieben in den nächsten Jahrhunderten die Grundlage des gesammten Rechts. Die Plebejer sahen sie als eine große Errungenschaft und ein Palladium ihres Rechtes an, und hielten mit eiserner Zähigkeit an ihnen fest. Darauf beruht die eigenthümliche stricte Wort- und Buchstabeninterpretation der XII Tafeln und anderer Gesetze, die uns in den folgenden Jahrhunderten oft in so befremdlicher Weise bei den Römern entgegentritt. Man hatte Sicherheit und Festigkeit des Rechts durch das geschriebene Gesetz erlangen wollen. Kein Wunder, daß man sich jetzt streng auf das geschriebene Wort steifte und nichts gelten ließ, was daraus nicht abgeleitet werden konnte. Die XII Tafeln legten selber geradezu den Grund dazu, theils durch die ängstlich sorgsame Fassung ihrer Vorschriften, theils durch das

[1]) Z. B. — vincito compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito. — libras farris endo dies dato, aut si volet plus dato. Am merkwürdigsten ist das berühmte: in partes secanto, si plus minusve secuerunt, sine fraude esto.

[2]) Dirksen, Uebersicht der Versuche zur Herstellung der XII Tafel-Fragmente, 1824. Schoell, legis XII tabularum reliquiae, 1866.

Princip, das sie für alle Verträge und Testamente aufstellten: uti lingua nuncupassit, ita ius esto, und uti legassit, ita ius esto. Damit war das Princip des gesprochenen Wortes und der Wortinterpretation auch für die Rechtsgeschäfte scharf ausgesprochen. Natürlich hatte man auch schon vor den XII Tafeln, bei der Unvollkommenheit der Schrift, auf das Wort ein großes Gewicht gelegt, allein die eigentliche Zeit der festen Formelbildung sind doch erst die Jahrhunderte nach den XII Tafeln.

Die Fortbildung des Rechts hat hiernach in der nächstfolgenden Zeit einen gewissen formalistischen und scheinbar engherzigen Charakter. Das Wort der Gesetze, der Processe, der Verträge, der Testamente scheint alles zu beherrschen. Man würde aber irren, wollte man darin nur eine kleinliche Buchstabenklauberei sehen. Das eigentlich Treibende sind stets die praktischen Bedürfnisse, man sucht diesen nur durch den Anschluß an das feste Wort eine sichere gesetzliche Grundlage zu geben. Von diesem Standpunkte aus hat man die drei Hauptrichtungen dieser Rechtsbildung zu beurtheilen, so:

1) zunächst die Interpretation der XII Tafeln selber. Darunter ist nicht blos die Erklärung der einzelnen Worte und Sätze zu verstehen, sondern auch die Feststellung von Rechtsregeln nach denselben und die Bildung neuer Rechtssätze aus ihnen. So bildete man z. B. das Intestaterbrecht durch Interpretation der Worte suus heres und proximus agnatus aus, die Usucapion aus den Worten usus auctoritas, die Emancipation und Adoption aus der Bestimmung über den Verkauf der Kinder u. a.

2) Die Bildung von Formeln für die verschiedenen Rechtsgeschäfte. Es sind Formeln, die einerseits scharf und bestimmt den allgemeinen Hauptinhalt jedes Geschäfts feststellten, und andererseits doch biegsam genug waren, um Zusätze nach den besonderen Intentionen der einzelnen Fälle zuzulassen, so bei mancipium und nexum, Stipulation, Erbeinsetzung, Legat u. s. w. Daß dabei im ganzen das Princip der Festigkeit überwiegend war gegen das der Biegsamkeit, kann nach dem Obigen nicht auffallen.

3) Die Bildung der Klageformeln für den Proceß, der s. g. legis actionis. Dies war besonders wichtig. Beim Streite um das Recht war es vor allem nöthig, daß die Ansprüche genau und scharf den Gesetzen entsprechend formulirt wurden. Nur das Wort des Gesetzes und seine weitere Interpretation konnte und sollte ein Recht geben, somit mußte auch jeder Klageanspruch sich direct auf einen bestimmten Ausspruch des Gesetzes gründen, und daher auch genau den Worten des Gesetzes entsprechend formulirt werden. Die XII Tafeln setzten z. B. eine Strafe auf arbores furtim caesae. Waren nun Weinreben heimlich abgeschnitten, so durfte man die Klage nicht auf vites succisae formuliren, da davon nichts im Gesetze stand, sondern auf arbores caesae, und man mußte dann darthun, daß vites zu den arbores gehören. Eine solche penible Formulirung ist natürlich schwierig und für den Laien gefährlich, auch hätte die Zulassung der beliebigen freien Formulirung captiös und für die Richter verwirrend werden können; deshalb wurden die Formeln allgemein und abstract für alle möglichen nach den Gesetzen zustehenden Rechte aufgestellt, und so, daß man dann im einzelnen nothwendig eine von ihnen nehmen mußte, nicht approbirte Formeln gar nicht zugelassen wurden.

Die gesammte Rechtsbildung in diesen drei Richtungen war nun eigentlich Sache der Rechtskunde und Theorie. Sie geschah indessen nicht schon in Büchern und Schriften, sondern rein praktisch im Leben bei den einzelnen Rechtsverhältnissen selber. Die Träger davon waren aber nicht etwa schon Richter, Beamte, Advocaten, sondern ausschließlich die Priester, die pontifices. Diese hatten von Alters her theils durch den Kalender, theils durch die Sacramente u. a. eine unmittelbare Betheiligung an der Rechtspflege, und da diese noch im ganzen vierten Jahrhunderte ausschließlich in den Händen der Patricier war, so lag es bei der ganzen sonstigen Stellung der pontifices nahe, daß sie sich vor andern

mit der Rechtskunde in ihrer concreten Anwendung beschäftigten, und das Volk sich bei ihnen rechtlichen Rath holte. Es lag darin natürlich ein bedeutendes Mittel zur Erhaltung des patricischen und priesterlichen Einflusses auf das Volk, und es ist daher erklärlich, daß die Priester diese Rechts- und namentlich Formelkunde als eine Art Geheimwissenschaft zu wahren suchten. Uebertreibung ist es natürlich, wenn die späteren Römer sagen, das ganze Recht sei von den Priestern geheim gehalten, indessen darf man darum nicht die ganze Geheimhaltung überhaupt für eine Fabel erklären. Es ist völlig glaubwürdig, wenn erzählt wird, um das Jahr 450 habe ein gewisser Cnejus Flavius, Freigelassener und Schreiber des Appius Claudius, durch Veröffentlichung eines Verzeichnisses der Gerichtstage und einer Sammlung von legis actiones, die er dem Appius entwendet, sich beim Volke beliebt gemacht, und man habe die Schrift das Ius Flavianum genannt. In Verbindung damit steht, daß es von dem ersten plebejischen pontifex maximus, dem Tiberius Coruncanius (um 500), heißt, daß er „primus ius civile publice profiteri coepit“.

Das gesammte auf diese Weise auf den XII Tafeln und ihrer Entwickelung beruhende Recht nannte man später, weil es das specifisch römische war, vorzugsweise das ius civile (Romanorum).

§. 16. Dem nationalen Rechte, dem ius civile, tritt seit dem fünften Jahrhunderte die Bildung eines internationalen Rechts, ius gentium, gegenüber. Veranlassung dazu ist theils die Vermehrung des internationalen Verkehres, theils die Ausdehnung der römischen Herrschaft. Beides rief Gerichtsbarkeit über Fremde (peregrini), d. h. Nichtbürger, hervor, und damit zugleich das Bedürfniß von Rechtssätzen für dieselbe. Die Römer hatten ursprünglich, wie alle Völker in früheren Zuständen, das volle Princip der Persönlichkeit des Rechts: jedes Recht ist Volksrecht, nicht Landesrecht, es gilt nur für den Bürger des Volkes, nicht für den Fremden im Lande. Der Fremde ist an sich rechtlos, und kann nur unter Schutz und Vertretung eines Bürgers Recht haben. Bei der Steigerung des Verkehrs war dieses Princip nicht haltbar. Im Verkehre mit den latinischen Städten machte sich dies zwar noch wenig fühlbar. Bei der allgemeinen Stammesverwandtschaft, der politischen Verbindung und der Gleichheit des nationalen Rechts gab man sich allgemeines gegenseitiges commercium, d. h. volles Verkehrsrecht. Bei andern Völkern erschien dies aber unthunlich. Man half sich anfangs durch besondere Staats- und Handelsverträge, z. B. mit Carthago schon im J. 245. Bei unterworfenen Städten und Völkern gab man auch besondere Bestimmungen, oder überließ es der Justiz der römischen Beamten. Auf diese Weise kam man allmählig dahin, eine Reihe von Rechtssätzen anzunehmen, die man im allgemeinen gleichmäßig bei allen Völkern fand, die man daher als ein allgemeines natürliches Recht ansah, was im Zweifel gleichmäßig auf den ganzen Verkehr der Fremden unter sich und mit den Römern angewendet werden könne. Die speciellen Volksrechte blieben dann daneben für die Verhältnisse der Bürger eines Volkes unter sich. Man nannte dieses allgemeine internationale Recht das ius gentium, und verband allmählig die Speculation damit, daß es durch die naturalis ratio bei allen Völkern hervorgerufen würde, und eben darum auch bei allen neben ihrem speciellen ius civile von selbst eine Art subsidiäre Geltung habe. Eine Folge davon war, daß man dann auch umgekehrt sagte, was natürliches Recht sei, müsse auch bei allen Völkern gelten, wenn auch empirisch die allgemeine Geltung nicht gerade nachgewiesen sei. Man identificirte daher im allgemeinen die beiden Begriffe ius naturale und ius gentium, obwohl man im einzelnen, z. B. bei der Sklaverei, den Unterschied nicht verkannte.

Natürlich konnte es nicht ausbleiben, daß dieses ius gentium allmählig auch auf das römische Recht selber einen großen Einfluß ausübte. Es hatte von selbst einen

freieren, weniger formalistischen, natürlicheren und billigeren Charakter. Dies mußte auch in die römische Rechtsanschauung eindringen, und sich danach auch im inneren römischen Verkehre geltend machen. Zum Theil geschah dies schon einfach in der römischen Gewohnheit, wie z. B. bei den Verträgen des gewöhnlichen Verkehres, Kauf, Miethe u. a., zum Theil wurde es erst in der Rechtspflege durch die Verfügungen der Beamten, namentlich der Prätoren, vermittelt. Das prätorische Recht beruht zu einem nicht kleinen Theile gerade darauf.

Das ius gentium wurde auf diese Weise das erste Element, wodurch das römische Recht über seine enge Nationalität hinausgeführt ist, und die erste Grundlage für seinen universalen Charakter erhalten hat. Es hatte natürlich als solches keine scharfe Grenze, sondern war mehr oder weniger mit den Einzelrechten verbunden. Es wäre schwer gewesen, einen festen codex iuris gentium aufzustellen, auch hat kein römischer Jurist versucht, ein selbstständiges Buch darüber zu schreiben.

III. Die Gesetzgebung des Volkes. §. 17. Die eigentliche gesetzgebende Gewalt ist in Rom in der ganzen Zeit der Republik stets ausschließlich beim Volke gewesen und von ihm ganz unmittelbar in Volksversammlungen, comitia, ausgeübt. Von einer Repräsentativ-Verfassung, ja nur einer Hinneigung dazu, findet sich nicht die geringste Spur. Selbst Cicero bei seinen philosophischen Reflexionen über Staatsverfassung und Gesetzgebung kommt nie auf diesen Gedanken. Doch hätte es bei der Ausdehnung des Bürgerrechts auf ganz Italien nahe genug gelegen. Ein Stimmrecht, zu dessen Ausübung ganze Städte Hunderte von Meilen reisen mußten, war doch in der That eine vollständige Ironie des Stimmrechtes, eine reine Fiction. Der nächste Grund der auffallenden Erscheinung lag offenbar in der altrömischen Identität von Stadt und Staat. Die Stadt war es, die die Welt erobert hatte, die Stadt sollte ihre Herrin bleiben. Nur durch die Fiction des städtischen Bürgerrechts konnten andere Städte an ihrer Herrschaft Theil nehmen, und wenn dabei ihr Einfluß factisch um so geringer wurde, je weiter sie entfernt lagen, so war das den Machthabern in Rom nur um so lieber. Eine Repräsentation hätte die andern Städte Rom gleichgestellt, und die ganze National-Tradition gebrochen. Indessen hätte dieser Grund eigentlich gerade ein Streben nach Repräsentation bei den anderen Städten hervorrufen müssen, wovon wir aber auch nichts finden. Der tiefere Grund lag daher in der ganzen antiken Anschauung, daß der Staat nicht ein idealer Organismus ist, sondern direct in der Gesammtheit der freien Bürger besteht, daß aber Freiheit unmittelbare Selbstbethätigung ist, und daher Stellvertretung in rechtlichen Dingen unzulässig erscheint.

Abgesehen hiervon erlitt die Comitialverfassung im Verlaufe der Republik aber bedeutende Veränderungen. Die conservativen Principien der Servianischen Centuriatcomitien verloren, wie oben gezeigt, mit der Veränderung der Kriegs- und Steuerverhältnisse ihren eigentlichen Boden und führten zu einer reinen Geldaristokratie. Ihnen gegenüber wurden daher im Kampfe der Plebejer und Patricier die plebejischen Parteiversammlungen, die rein demokratisch nur nach localen Bezirken (tribus) ohne Rücksicht auf das Vermögen geordnet waren, allmählig zu einem allgemeinen Organe der demokratischen Richtung im Staate ausgebildet. Anfangs galten diese Versammlungen nicht als comitia, sondern nur als conciones, ihre Beschlüsse nicht als allgemein verbindliche leges, sondern nur als plebiscita, die nur die Plebejer verpflichteten. Es werden dann aber drei Gesetze angeführt, durch die den Plebisciten allgemeine Gesetzeskraft beigelegt sei, eine Lex Valeria von 306, eine Lex Publilia von 416, und eine Lex Hortensia von 468. Das Verhältniß dieser drei Gesetze ist sehr streitig, das Resultat unzweifelhaft. Die Ausdrücke comitia und lex wurden danach auch bei den Plebisciten angewendet. Indessen ver-

mochten die Tributcomitien doch nicht die Alleinherrschaft zu gewinnen und die Centuriatcomitien ganz zu verdrängen, vielmehr entstand die sonderbare Erscheinung, daß Jahrhunderte lang dieselbe Bürgerschaft für ihre Gesetzgebung zwei Arten von Comitien hatte, die sich nur durch ihre mehr aristokratische oder demokratische Ordnung unterschieden. Ihre Competenz war für die Gesetzgebung völlig gleich, es hing nur vom Zufall und von den Beamten ab, an welche Comitien ein Gesetz gebracht wurde; die Consuln und Prätoren brachten sie an die Centuriatcomitien, die Tribunen an die Tributcomitien. Daß factisch die Mehrzahl der gegebenen Gesetze aus den Tributcomitien stammen, beruht nur darauf, daß die Tribunen bei ihrer agitatorischen Thätigkeit natürlich mehr Veranlassung zu Gesetzesanträgen hatten, als die meistens im Kriege beschäftigten Consuln. Im übrigen, für Beamtenwahl und Criminaljustiz, blieb die Competenz verschieden; die höheren Beamten konnten nur in den Centuriatcomitien gewählt und Capitalverbrechen nur in ihnen abgeurtheilt werden. Die alten Curiatcomitien der Königszeit verloren dagegen in der Republik, entweder gleich oder jedenfalls bald, ihre politische Bedeutung ganz, und blieben nur für gewisse Verhältnisse des alten Sacralrechts.

Uebrigens darf man sich den Unterschied der aristokratischen und demokratischen Verfassung der Centuriat- und Tributcomitien nicht zu groß denken. Das Princip der absoluten Demokratie, daß schlechthin die Mehrzahl aller Bürger entscheidet, wie in Athen und heutzutage in der Schweiz und bei Napoleons s. g. Plebisciten, war in den Tributcomitien und bei den römischen Plebisciten nicht. Die Abstimmung geschah stets nach tribus, und konnte daher, wie bei jeder Abstimmung nach Abtheilungen, leicht dahin führen, daß die Majorität der Tribusstimmen keineswegs der Mehrzahl sämmtlicher Einzelstimmen entsprach. Die Tribus waren Bezirke, in die das eigentlich römische Gebiet eingetheilt war. Ihre Zahl wurde bei der Vergrößerung desselben bis zum J. 513 allmählig bis auf fünfunddreißig ausgedehnt, vier für die Stadt und einunddreißig für das Land. Später wurden keine neuen Tribus mehr gemacht, sondern die neuen Bürger in die alten Tribus vertheilt, da sonst die entfernten Tribus leicht nur durch wenig anwesende Bürger hätten vertreten werden, und auch leicht ein Uebergewicht hätten erlangen können. Für möglichst gleiche Vertheilung der Bürger in die Tribus hatten die Censoren zu sorgen. Nur die freigelassenen Sklaven wurden, als die Zahl der Sklaven und der Freilassungen sich im fünften Jahrhunderte sehr vermehrte, zur Verhinderung der Ochlokratie sämmtlich auf die vier städtischen Tribus beschränkt.

Andererseits wurden auch die Centuriatcomitien etwas in demokratischer Richtung reformirt. Die alten Centurienzahlen wurden aufgehoben, und jeder Klasse eine gleiche Centurienzahl gegeben. Man verband nämlich das Klassensystem mit den Tribus. In jeder Tribus wurden die fünf Klassen besonders unterschieden, jede mit zwei Centurien, seniorum und juniorum. Das Princip war nun einfach, daß die reicheren und die älteren trotz ihrer geringeren Kopfzahl doch gleiche Centurienzahl mit den ärmeren und jüngeren haben sollten.

§. 18. Die legislative Thätigkeit der Comitien war eine sehr lebendige, die Tribunen namentlich ließen nicht leicht eine Gelegenheit zu Gesetzesvorschlägen vorübergehen. Doch hatte die ganze Thätigkeit wesentlich einen politischen Charakter, und die Gesetze betrafen daher vorzugsweise die politischen Verhältnisse und das öffentliche Recht. Das Privatrecht überließ man der Gewohnheit und den Prätoren, und nur wo politische Interessen mit ins Spiel kamen, griff man auch hier mit Gesetzen ein. So sind in der ganzen Zeit der Republik über Eigenthum und dingliche Rechte, auch Pfandrecht, keine weiteren Gesetze gegeben, als ein paar über Usucapion von gestohlenen und geraubten Sachen und Servituten. Von den Verträgen sind über Darlehn, Zinsen und Bürgschaften eine ganze Menge

Gesetze, außerdem nur wenige über Schenkungen, Wetten und Spiel. Ueber Familienrecht ist aus der Republik nur die Lex Maenia de dote, von Augustus das große Ehegesetz, die Lex Julia et Papia Poppaea. Ueber Vormundschaft zwei Gesetze, Einführung der Dativ-Tutel und der cura minorum. Ueber Erbrecht die Lex Voconia zur Beschränkung des Erbrechts der Frauen, und drei Gesetze über Beschränkungen der Legate, darunter die Lex Falcidia. Vergleicht man dies mit der Masse der prätorischen Edicte über alle Theile des Privatrechts, so zeigt sich der Grund der geringen Zahl der Gesetze von selbst. Häufiger sind sie im Civilprocesse. Hier haben sie neue Proceßarten (legis actiones) eingeführt, alte ausgedehnt, zuletzt die Legis-Actionen ganz aufgehoben, das Geschwornenwesen geordnet u. a. Noch häufiger sind sie im Strafrechte und Strafprocesse, namentlich am Ende der Republik, wo durch Sulla, Pompejus, Cäsar, Augustus die Comitialjustiz aufgehoben und durch Schwurgerichte ersetzt wurde, aber nicht allgemein, sondern durch besondere Gesetze für die einzelnen Arten der Verbrechen.

§. 19. Die äußeren Formen der Gesetzgebung waren folgende. Die Initiative zu den Gesetzen war rechtlich ausschließlich bei den Beamten, factisch konnte allerdings stets auch der Senat die Beamten, wenigstens die Consuln und Prätoren, dazu veranlassen. Den Gesetzentwurf mußte stets der Beamte selbst abfassen oder durch andere abfassen lassen. Factische Regel war dann, daß der Entwurf im Senate zur Vorberathung eingebracht wurde, rechtlich nöthig war es nicht und keinenfalls konnte die Mißbilligung des Senats die Volksabstimmung hindern oder ungültig machen. Der fertige Entwurf mußte drei Wochen lang öffentlich ausgehängt werden. In den Comitien selber konnte zunächst Jedermann Reden für oder wider das Gesetz halten, die Abstimmung war dann aber nur einfache Annahme oder Verwerfung des ganzen Gesetzes, Amendements waren nicht zulässig. Mit dem Beschlusse trat das Gesetz von selbst in Kraft, nicht erst mit der Publication. Es wurde aber stets in Erztafeln, eine oder mehrere, gravirt, eine Zeit lang auf dem Forum aufgestellt und dann im Archive (tabularium) deponirt. Die Fassung war, daß zur Einleitung die Rogation des Beamten, der Beschluß des Volkes mit Zeit und Ort, und die Tribus und der Bürger, die zuerst gestimmt hatten, angeführt wurden, dann kamen ohne weiteres die einzelnen Bestimmungen in befehlendem Imperativ oder Conjunctiv, zum Schlusse konnte eine sanctio, d. h. Bestimmungen über Geltung und Ausführung des Gesetzes, beigefügt werden. Die Sprache war in der früheren Zeit kurz und gedrängt, später pedantisch vorsichtig, langstylig und schwerfällig. Benannt wurden die Gesetze nach dem oder den Beamten, die sie beantragt hatten.

Auf uns gekommen ist von den Gesetzen der Republik meistens nur der Name und längere oder kürzere Angaben des Inhalts bei den Schriftstellern, juristischen und nichtjuristischen. Den Wortlaut haben wir ganz vollständig nur von einem einzigen Gesetze,[1]) häufiger sind Citate einzelner Sätze oder Worte. Von den alten Erztafeln sind aber nur von wenigen aus dem siebenten und achten Jahrhunderte einzelne Bruchstücke der allgemeinen Zerstörung entgangen und wieder aufgefunden.[2]) Die wichtigsten sind sieben Stücke von einer Tafel, auf deren einer Seite eine Lex Acilia repetundarum, auf der andern eine Lex agraria stand, eine Tafel von einer Lex Rubria de civitate Galliae Cisalpinae, und eine Tafel von Cäsars Städteordnung, der Lex Julia municipalis.

IV. Die Edicte der Beamten. §. 20. Es ist schon oben bemerkt, daß die Volksgesetzgebung sich mit dem Privatrechte wenig befaßt habe, dessen Weiterbildung viel-

---

[1]) Lex Quinctia de aquaeductibus vom J. 9 v. Chr. bei Frontinus de aquaeductibus, c. 129.

[2]) Die vollständigste Zusammenstellung ist von Mommsen im Corpus inscriptionum latinarum. Vol. I. p. 43—127

mehr der Gewohnheit und der Fürsorge der Beamten, namentlich der Prätoren, überlassen blieb. Diese prätorische Rechtsbildung ist etwas höchst eigenthümliches, ohne alles Seitenstück bei andern Völkern, aber einer der Grundpfeiler der Größe des römischen Rechts. Zu ihrem Verständniß muß man von der allgemeinen Einrichtung der damaligen römischen Rechtspflege und der Stellung des Prätors in derselben ausgehen.

Die Rechtspflege im eigentlichen römischen Bürgerstaate, abgesehen von den unterworfenen Völkern, war von der heutigen wesentlich verschieden. Von einer Mehrheit von Richtern oder Gerichten neben und übereinander und einer besondern höchsten Justizleitung war gar keine Rede. Man hatte, abgesehen von der Polizeijustiz der Aedilen, überhaupt nur einen einzigen Justizbeamten, den Prätor, daneben dann nur die Geschwornen. Dieser Prätor hatte aber eine Stellung, wie sie in unserer Justizverfassung gar keine Analogie findet. Er hatte einerseits eine Macht, wie bei uns kein Justizminister, denn er war collega consulum und hatte wie diese das volle imperium, andererseits hatte er weniger Gewalt wie ein heutiger Bagatellrichter, denn er mußte zwar jede, auch die kleinste Sache annehmen und instruiren, durfte sie aber nicht selber entscheiden, sondern nur an die Geschwornen überweisen.

Auf diesem Boden erwuchs das prätorische Recht. Der Prätor war zwar an sich bei der Rechtspflege auf die Einhaltung und Ausführung der Gesetze verpflichtet und beeidigt. Allein daneben war er durch sein imperium befugt und befähigt, jede Maßregel und Verfügung anzuordnen und nöthigenfalls mit Gewalt durchzusetzen, die ihm passend erschien, sofern er nur nicht durch eine Intercession von einem andern Beamten, namentlich einem Tribunen, daran verhindert wurde. Eine Anklage beim Volke war zwar auch möglich, aber doch immer erst nach Beendigung seines Amtes. In den ersten beiden Jahrhunderten nach den XII Tafeln, in der Zeit des Kampfes der beiden Stände, wo man eifersüchtig am Buchstaben des Gesetzes festhielt, und die strengen Formeln der Legis-Actionen jeden Eingriff fast unmöglich machten, konnten die Prätoren zwar nicht leicht bedeutende Neuerungen einführen. Indessen ist der Begriff der Ausführung der Gesetze doch immer ein ziemlich dehnbarer, namentlich bei Gesetzen von solcher Unvollständigkeit, wie zum Theil die XII Tafeln. Gewisse Anfänge der prätorischen Rechtsbildung mögen daher schon in diese Zeit fallen. Vom sechsten Jahrhunderte an aber gewöhnte man sich allmählig an eine freiere Auffassung der prätorischen Thätigkeit. Die große Veränderung der Lebensverhältnisse durch die Vermehrung des Verkehres und die Ausdehnung des Staates, so wie das Eindringen der Ideen des ius gentium, ließen die alten Gesetze allmählig als unzureichend, den Rigorismus der Form und des Buchstabens als unerträglich erscheinen. Fortwährende Gesetzgebung über alle die zerstreuten einzelnen und kleinen Fragen der täglichen Rechtspflege war gar nicht möglich. Viel passender erschien es daher, alles dieses der freieren Anordnung der Prätoren zu überlassen. Gegen Willkür und Mißbrauch hatte man in dem ganzen öffentlichen Leben, den Geschwornen, der Intercession, der kurzen Amtsdauer und der Anklage nach derselben einen ausreichenden Schutz. Daher wurden durch ein Gesetz, die Lex Aebutia, die strengen Formeln der Legis-Actionen bei der Ordinirung der Processe für unnöthig erklärt, der Prätor ermächtigt, selber jedesmal nach den Verhandlungen der Partei eine Feststellung der Hauptstreitpunkte zur Instruction für den Geschwornen schriftlich aufzusetzen (formula), und demgemäß die Rechtspflege zu handhaben. Von da an entfaltet sich die rechtsbildende Thätigkeit der Prätoren mit größerer Freiheit. Sie gestalten nicht nur den ganzen Proceß dem neuen Principe gemäß um, sondern greifen nun allmählig auch in das materielle Recht selber ein, und zwar ohne die Grenze der alten Gesetze genau einzuhalten. Wo das praktische Bedürfniß des Lebens, die veränderten Verhältnisse, die freieren Rechtsanschauungen es fordern oder es als

passend und volksthümlich erscheinen lassen, schreiten sie mit neuen Anordnungen und Verfügungen ein. Sie stellen neue Klagerechte auf, lassen Einreden zu, ertheilen Restitutionen, ordnen die Erbverhältnisse u. s. w.

Der formelle Rechtsgrund zu dieser ganzen Thätigkeit lag in ihrem imperium. Zugleich lag darin aber auch ihre Schranke. Sie hatten keine Gesetzgebungs= sondern nur Amtsgewalt. Sie konnten daher keinen Satz der Gesetze, und darum auch kein einzelnes gesetzliches Recht, eigentlich und direct aufheben, und ebenso wenig eine neue Bestimmung mit eigentlich gesetzlicher Kraft einführen, beides konnte nur das Volk. Sie konnten nur Verhältnisse factisch so behandeln und schützen, wie wenn sie gesetzliche wären, oder umgekehrt gesetzliche, wie wenn sie es nicht wären, z. B. konnten sie Niemanden zum eigentlichen heres oder dominus machen, der es dem Gesetze nach nicht war, wohl aber konnten sie einem solchen den Besitz der Erbschaft oder Sache zusprechen und ihn wie einen heres oder dominus darin schützen. Der Unterschied scheint allerdings sehr formalistisch, indessen ist im Rechte die Form immer von großer Bedeutung, und außerdem knüpften sich daran von selbst auch allerlei materielle praktische Verschiedenheiten, z. B. im Erwerbe, in den Wirkungen, der Verjährung u. a. So entstand dadurch ein ganz eigenthümlicher Gegensatz von civilem und prätorischem Rechte, der sich durch das ganze Rechtssystem hindurch zog, und eine Menge von eigenthümlichen Verwicklungen und Schwierigkeiten mit sich führte. Man unterschied civiles und prätorisches Eigenthum, Obligation, Klage, Erbrecht u. s. w. Im allgemeinen vertritt dabei das Civilrecht das Princip des formellen und strengen Rechts (ius strictum), das prätorische das der Billigkeit (ius aequum), des natürlichen Rechts und des ius gentium. Die Prätoren mildern den formellen Rigorismus des Civilrechts, indem sie Exceptionen gegen unbillige Klagen, Restitution gegen unbillige Verluste einführen, durch Fiction der civilen Erfordernisse die civilen Klagen in billiger Weise ausdehnen und auf formlosere Verhältnisse übertragen u. s. w. Indessen stehen ihre Bestimmungen keineswegs immer in einem eigentlichen Gegensatze zu den civilen, sondern dienen vielfach nur dazu, sie zu sichern und zu fördern oder zu ergänzen und weiterzuführen. Die Römer sagen daher, das prätorische Recht sei iuris civilis adiuvandi, supplendi vel corrigendi gratia eingeführt, es sei aber selber eine viva vox iuris civilis. Vielfach hat aber der Unterschied der civilen und prätorischen Form in den Verhältnissen selbst gar keinen inneren materiellen Grund, sondern beruht eben nur auf der Zufälligkeit der prätorischen Entstehung. Daher sind auch eine Menge prätorischer Rechtssätze und Einrichtungen später von der civilen Gesetzgebung adoptirt und weitergeführt, und dadurch völlig in das Civilrecht aufgenommen, so namentlich im Erbrechte. Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist der ganze Gegensatz als solcher daher überhaupt fremd, er hat bei uns weder in die Gewohnheit, noch in die Gesetzgebung Eingang gefunden, sondern lebt nur in der gelehrten Behandlung des römischen Rechtes fort.

§. 21. Die äußere Form, in der die Prätoren ihre neuen Rechtssätze einführten, war die der Edicte. Edicte hießen überhaupt alle öffentlichen Bekanntmachungen der Beamten, ohne Unterschied, ob sie sich auf Verwaltung oder Justiz bezogen, und ob sie dauernde allgemeine Verordnungen enthielten oder nur Verfügungen für den einzelnen Fall. Sie wurden in der Regel auf Holztafeln auf dem Forum aufgestellt. Durch solche Edicte machten nun auch die Prätoren ihre neuen Anordnungen bekannt. Dem Inhalte nach waren dies eigentlich Gesetze, allein da der Prätor keine Gesetzgebungs= sondern nur Amtsgewalt hatte, so unterschieden sie sich von den Gesetzen wesentlich dadurch, daß kein Prätor seine neuen Bestimmungen als dauernde Gesetze in der Form des objectiven Imperativs aussprechen konnte, sondern daß jeder stets nur subjectiv erklären konnte, was

er während seines Amtes thun werde; er konnte z. B. nicht sagen familiam habeto, sondern nur bonorum possessionem dabo, nicht dupli poena esto, sondern nur in duplum iudicium dabo. Daraus folgte von selbst, daß der Nachfolger im Amte nie an die Edicte seines Vorgängers gebunden war. Er konnte sie nach Belieben verwerfen, oder ändern oder auch annehmen. Indessen versteht sich von selbst, daß wenn ein Edict Beifall beim Volke gefunden hatte, der Nachfolger es beibehielt, und daß die zweckmäßigen Edicte daher allmählig ganz fest immer von einem Prätor auf den andern übergingen (edicta tralatitia). Auf diese Weise vereinigte die Edictsform die Vortheile der Gesetzgebung und des Gewohnheitsrechtes, die Festigkeit und die Beweglichkeit, in einer ganz merkwürdigen Weise. Einerseits traten die Rechtssätze gleich in der bestimmten Form der festen Vorschrift hervor, andererseits hing ihre Dauer ganz davon ab, daß sie dem Bewußtsein und den Bedürfnissen des Volkes entsprachen. Sie waren der beständigen Prüfung des Lebens unterworfen, und konnten jederzeit ohne die geringste Weitläufigkeit verbessert oder beseitigt werden. Cicero nennt die Edicte daher einerseits leges annuae, während er sie andererseits wieder zu dem consuetudinis ius rechnet.

Im einzelnen wissen wir über die Entstehung der einzelnen Edicte nicht viel, nur sehen wir, daß sich schon früh eine gewisse Masse ansammelte, die einen festen Grundstock bildete, der unverändert von einem Prätor auf den andern überging, daher das edictum perpetuum des Prätors genannt wurde, und an den sich dann im Laufe der Jahrhunderte die neuen Edicte anschlossen. Die weitere Geschichte davon gehört aber erst der folgenden Periode an.

Aehnlich wie der Bürgerprätor, der praetor urbanus, konnten auch die übrigen Justizbeamten in ihrem Kreise Edicte erlassen, so der praetor peregrinus, die Aedilen und die Provinzialbeamten. Die Edicte der letzteren, die edicta provincialia, erstreckten sich jedoch bei der vollen Verbindung von Justiz und Administration in den Provinzen in der Regel über die ganze Provinzialverwaltung, namentlich auch das Finanzwesen. Im Rechte nahmen sie die Edicte der beiden Prätoren in Rom möglichst zum Muster und wurden auf diese Weise ein Hauptmittel zur allmähligen Romanisirung des Rechts der Provinzialvölker.

V. Die Wissenschaft. §. 22. Die reichere Entwickelung des Rechts seit dem sechsten Jahrhunderte rief allmählig auch die Anfänge einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts hervor. Die Römer knüpfen ihren Ausgang an den Eintritt der Plebejer in den Pontificat. Damit wurde die alte Geheimkunde gebrochen. Gleich von dem ersten plebejischen Pontifex maximus, Tiberius Coruncanius, heißt es, daß er zuerst öffentlich Rath und Belehrung in Rechtssachen ertheilt habe. Von da an wurde dieses bald allgemein. Wer Neigung und Fähigkeit dazu fühlte, beschäftigte sich damit; es war ein Mittel, Ansehen und Beliebtheit beim Volke zu erlangen. Von einem Scipio Nasica (563 Consul) wird erzählt, daß er vom Senate ein Haus an der via sacra bekommen habe, „quo facilius consuli posset“; von einem C. Figulus, daß er sich dadurch für das Consulat habe empfehlen wollen, und daher, als er es nicht erlangt, die Rath suchenden mit den Worten abgewiesen habe: „consulere vellent, consulem facere nollent“. Die Thätigkeit war anfangs überwiegend eine praktische, Ertheilung von Gutachten in Rechtsfällen (respondere), Rathschläge für vorsichtige Abfassung von Rechtsgeschäften (cavere), Sachwaltung in Processen (agere, postulare). Mit der praktischen Thätigkeit wurde aber in der Regel Belehrung für Lernbegierige (auditores) verbunden, und daneben fing dann auch die Abfassung von Büchern an. Wir haben von der Entwickelung der Rechtswissenschaft und Literatur der Republik einige genauere Nachrichten durch die kleine Rechts-

geschichte von S. Pomponius aus Hadrians Zeit, die in die Pandekten mit aufgenommen ist. Daraus lassen sich folgende Hauptstufen der Entwickelung entnehmen.

Das älteste Buch, was Pomponius die cunabula iuris civilis nennt, sind die s. g. Tripertita des S. Aelius Catus (ius Aelianum) aus der Mitte des VI. Jahrhunderts, die die XII Tafeln nebst Interpretation und Legis-Actionen enthielten. Als die eigentlichen Begründer der Rechtswissenschaft, „qui fundaverunt ius civile," d. h. die zuerst Rechtsfragen abstract behandelten, nennt Pomponius erst drei Juristen vom Ende des VI. Jahrhunderts, Mucius, Brutus und Manilius Ein eigentliches System des Civilrechts wurde erst nach der Mitte des VII. Jahrhunderts von Q. Mucius Scävola aufgestellt, ius civile primus constituit generatim redigendo, und die Begründung der eigentlichen juristischen Dialektik schreibt Cicero erst seinem Freunde Serv. Sulpicius zu. Damit war die Entwickelung einer wirklichen Wissenschaft vollendet, ihre eigentliche Blüthezeit und ihre volle Beherrschung des gesammten Rechtes tritt dann in der Kaiserzeit ein.

Von allen jenen älteren Schriften ist aber auf uns nichts als einzelne Citate und Notizen bei andern Schriftstellern gekommen.[1])

Dritter Abschnitt. Das republikanische Kaiserthum. Einleitung.

§. 23. Die Rechtsbildung der Kaiserzeit hat einen wesentlich andern Charakter, als die der Republik. Der Grund dazu liegt nicht nur in der veränderten Verfassung und Einrichtung des ganzen Staats, sondern hauptsächlich in der vollständigen Veränderung der Aufgabe, die der weiteren Rechtsentwickelung jetzt durch die Verhältnisse selber gestellt wurde. Bis zum Ende der Republik waren die Hauptgrundlagen des gesammten Rechtes, namentlich des Privatrechtes, im ius civile, gentium und praetorium ziemlich vollständig gelegt. Es handelte sich jetzt weniger mehr darum, neue Rechtsbegriffe und Verhältnisse und eigentlich neue Principien aufzustellen, als die vorhandenen in der entsprechenden Weise auszubilden und weiter zu gestalten, und zwar in zwei Hauptrichtungen:

1) Zunächst mußten die allgemeinen Principien, die in den Gesetzen, Edicten und Gewohnheiten meistens nur kurz, abstract und allgemein enthalten waren, für ihre Anwendung auf die einzelnen, concreteren und verwickelteren Fälle des Lebens mehr ins einzelne und feinere Detail entwickelt und zu ihren tieferen Consequenzen weiter geführt werden. Dazu mußten die Principien selber schärfer bestimmt und abgegrenzt, in ihrer Beziehung und ihrem Gegensatze zu anderen festgestellt, und in ihrer organischen Verbindung zu einem Ganzen abgerundet werden. Dies auszuführen war natürlich nicht Sache der Gesetzgebung, sondern eine Aufgabe, die nur in stetem Kampfe der Meinungen und unter den Erfahrungen des täglichen Lebens von der Wissenschaft und Praxis in entsprechender Weise gelöst werden konnte. Demgemäß nimmt in der Kaiserzeit im Anfange zunächst die Rechtswissenschaft die Hauptstelle in der ganzen Rechtsbildung ein, daneben dann die Praxis, namentlich in den Entscheidungen der kaiserlichen Justiz.

2) Außerdem mußte das Recht bei der sich jetzt bildenden einheitlichen Gestaltung des Reiches und der gleichmäßigen Verbindung aller Völker desselben einer größeren inneren Einheit und einer gewissen Universalität seines Charakters entgegengeführt werden. Der alte Gegensatz von herrschenden Bürgern und beherrschten Peregrinen verschwand, alle wurden gleichmäßig beherrscht, aus den freien Bürgern wurden nur mehr oder weniger gedrückte Unterthanen. Caracalla gab allen freigeborenen Unterthanen des Reichs gleichmäßig das volle römische Bürgerrecht, hauptsächlich zwar nur wegen der gleichen Besteuerung, doch war damit von selbst auch das Princip der Rechtseinheit für das ganze Reich aufgestellt.

---

[1]) Zusammenstellung in: **Huschke**, iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt, p. 1—50.

Zwar schloß das Bürgerrecht eigentlich eine Rechtsverschiedenheit nicht aus; indessen verloren die Nationalrechte der einzelnen Völker damit ihren alten speciellen Boden. Die neuen Bürger mußten eine Ehre darin sehen, als Bürger der Stadt Rom, der „communis patria", nach deren Recht beurtheilt zu werden, die Beamten ließen sich jedenfalls nicht leicht mehr auf etwas anderes als die römischen Gesetze, Edicte und juristischen Bücher ein, und die Kaiser machten vollends keine Unterschiede mehr. Dazu kam die Einführung des Christenthums, durch welches natürlich in allen religiösen Beziehungen, namentlich Ehe und Familienrecht, von selbst alle Verschiedenheiten aufgehoben wurden. Alles dies machte, daß man im Laufe des vierten Jahrhunderts die Durchführung einer fast absoluten Rechtseinheit durch alle Provinzen des Reiches annehmen kann.

Natürlich war sie nicht ohne bedeutende Veränderungen im römischen Rechte selber möglich, theils schon als Voraussetzung der Vereinigung, theils als Folge des Einflusses, den jetzt die fremden Völker auf die weitere Entwickelung des römischen Rechts gewinnen mußten. Das specifisch altrömische Element des ius civile mußte beschränkt, das universale des ius gentium und praetorium ausgedehnt, beide möglichst vereinigt werden. Diese Aufgabe auszuführen, war wieder Sache der Gesetzgebung, und zwar einer absolut über allen Völkern stehenden, durch kein Stammesinteresse gebundenen, alle mit eiserner Macht zusammenzwängenden. Dies ist die Gesetzgebung der späteren Kaiserzeit. Den Wendepunkt dafür bildet die Vollendung des formellen Absolutismus durch Diocletian und Constantin, die Ueberführung der Kaiserresidenz von Rom nach Constantinopel und die Erhebung des Christenthums zur Staatsreligion.

I. Gesetzgebung. §. 24. Der Uebergang der Republik in die absolute Monarchie war in Rom kein plötzlicher und schroffer Umsturz, sondern eine allmählige Umwandlung. Die Republik war in den Bürgerkriegen zu einer Unmöglichkeit geworden. Schon Julius Cäsar mußte daher den republikanischen Formen großentheils monarchische Principien und Richtungen unterzulegen. Noch umfassender that dies Augustus. Allein vollständig die republikanischen Formen zu beseitigen, wagte auch er nicht. Die kaiserliche Gewalt bestand auch bei ihm formell nur in der Vereinigung der verschiedenen Hauptämter der Republik, ihrer Verlängerung auf Lebenszeit, und einzelnen besonderen Privilegien, namentlich dem imperium perpetuum. Die eigentliche höchste Staatsgewalt, namentlich die Gesetzgebung und die Beamtenwahl, behielt dem Namen und der Form nach das Volk und der Senat. Augustus gab alle seine Gesetze noch durch das Volk und die Comitien. Selbst die Verwaltung der Finanzen und der Provinzen zog er nur zum Theil an sich, er unterschied aerarium populi mit Senatsverwaltung und fiscus Caesaris, und ebenso Provinzen des Volks und des Kaisers.

In der Theorie blieb dies auch unter den folgenden Kaisern so. Noch unter Hadrian sprechen die Juristen das Dogma von der Volkssouveränetät aus, daß die Gesetze nur gälten, weil sie durch den Willen des Volkes angenommen seien, noch unter Severus gründet Ulpian die Kraft der kaiserlichen Constitutionen darauf, daß das Volk sein imperium auf den Kaiser übertragen habe. Praktisch und der Sache nach steckte freilich unter allen diesen Formen lediglich die reine Monarchie. Senat wie Beamte waren schon unter Augustus fast nur Werkzeuge seines Willens, vollständig wurden sie es unter seinen Nachfolgern. Die ganze Verfassungsgeschichte der folgenden Zeit besteht daher eigentlich nur darin, den kaiserlichen Absolutismus auch in den Staatsformen vollständig zum Ausdrucke zu bringen, und die republikanischen Formen vollständig zu beseitigen. Vollendet wird dies erst durch Diocletian und Constantin. Den ersten Hauptschritt dazu machte aber schon Tiberius durch die Beseitigung der Comitien bei den Wahlen und Gesetzen. Comitia e campo ad patres transtulit, sagt Tacitus von ihm. Die Volksversammlun-

Digitized by Google

gen waren zwar nicht eigentlich mehr gefährlich, konnten aber doch unter Umständen recht unbequem sein, wie Augustus noch erfahren hatte. Darum wurde angenommen, die altübliche Vorberathung und Empfehlung des Senats genüge, er drücke den Volkswillen aus, der formellen Zustimmung bedürfe es nicht mehr. Der Volksbeschluß wurde auch nicht etwa fingirt, sondern geradezu ganz weggelassen. So zieht sich die Gesetzgebung vom Volke erst in den Senat zurück, später dann weiter vom Senat in den Kaiser. Das Senatusconsult wird danach von Tiberius an bis zu den Severen die feste Form der Gesetzgebung. Eigenthümlich dabei ist, daß die alte Form, daß der Senat nicht befiehlt, sondern nur meint, räth und empfiehlt, (censet, videtur, placet) stets festgehalten wurde. Der absolute Imperativ der Volksgesetze verschwindet daher vorläufig ganz aus der Gesetzgebung, und wird erst später durch das iubemus und sancimus des absoluten Kaiserthums wieder hergestellt.

Natürlich war diese ganze Senatsgesetzgebung im Grunde nichts anderes als kaiserliche. Der Kaiser wählte, berief und verstieß die Senatoren, und machte in der Regel durch Reden (oratio) die Anträge zu den Gesetzen, und natürlich wagte der Senat nie dem festen Willen des Kaisers entgegenzutreten. Zwar konnten auch die Consuln Anträge stellen, aber natürlich auch nie ohne, oder gar wider den Willen des Kaisers. Kein Wunder, daß man im Volke allmählig vom Beschlusse des Senates ganz abstrahirte, und die oratio des Kaisers ohne weiteres als das Gesetz bezeichnete. Eine Zeit lang wechseln noch beide Ausdrücke, seit Severus am Ende des zweiten Jahrhunderts wird nur noch die oratio genannt.

Dem Inhalte nach beschränkte sich die Gesetzgebung dieser Zeit durch Leges, Senatusconsulta und Orationes auf wenige Gebiete des Rechts. Der Schwerpunkt der Rechtsbildung lag eben in der Wissenschaft und Praxis. Jene Gebiete sind zunächst die, welche Augustus bei seiner Ueberführung der Republik in die Monarchie neu geordnet hatte, nämlich Strafrecht und Strafproceß, das Recht der Freilassungen und der Freigelassenen, und namentlich das Eherecht, bei dem Augustus in der großen Lex Papia Poppaea der eingerissenen Sitten-, Ehe- und Kinderlosigkeit einen Damm entgegengesetzt hatte. Außerdem sind im Erbrechte, besonders über Intestaterbrecht und Vermächtnisse, mehrere wichtige Senatusconsulte gegeben. Sonst aber finden sich nur mehr vereinzelte Bestimmungen, wie z. B. das Sc. Velleianum über die Bürgschaften der Weiber, das Macedonianum über die Darlehne der Haussöhne, die Oratio Severi über die Veräußerung der Mündelgüter u. a. Auf uns gekommen sind alle diese Gesetze fast nur in Citaten und Relationen in den Pandekten und andern Schriften, nur weniges in den alten Erztafeln, wie namentlich Stücke von der Lex de imperio Vespasiani [1]) und von Domitians Stadtrechten für die Städte Malaga und Salpensa in Spanien. [2])

§. 25. Auch nur noch als eine indirecte Form der kaiserlichen Gesetzgebung sind in dieser Zeit die Edicte der Prätoren anzusehen. Die Justiz der Prätoren dauerte zwar an sich in der alten Weise fort, und ebenso auch ihr Recht, neue Edicte zu erlassen, auch stammen unzweifelhaft manche Edictssätze gerade aus dieser Zeit, namentlich sind manche correctorische Edicte mit directerem Eingriff in die Gesetze, besonders im Erbrechte, wohl gerade erst durch die kaiserliche Auctorität möglich geworden. Indessen war eben diese kaiserliche Auctorität, die alles beherrschte und nichts Selbstständiges neben sich duldete, bald auch in der Rechtspflege das allein Maßgebende. Die Prätoren wurden wie alle Beamte Diener des Kaisers, und da gerade die Justiz stets eine besondere Liebhaberei der

---

[1]) Bei Haubold, monumenta legalia, p. 221.

[2]) Erst im J. 1851 in Malaga aufgefunden, Ausgabe von: Mommsen, Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaga. Die Zweifel ihrer Echtheit sind ohne Grund.

Kaiser war, so hörte die lebendige freie und volksthümliche Rechtsbildung der Prätoren bald auf. Ihre Zeit war ohnedies eigentlich vorbei. Ihre Hauptaufgabe, die freieren Rechtselemente neben dem Civilrechte zur Geltung zu bringen, war gelöst.

Es trat jetzt vielmehr die Zeit des Abschlusses ein. Vollzogen wurde er durch Hadrian. Dieser ließ durch Salvius Julianus, einen der bedeutendsten aller römischen Juristen, eine Revision, Sichtung und Ordnung der gesammten bisher aufgesammelten Edicte vornehmen, und die neue Redaction als ein feststehendes allgemeines edictum perpetuum für das ganze Reich förmlich durch ein Senatusconsult publiciren. In demselben wurden alle bisherigen Edicte, prätorische und ädilitische, städtische und provinziale, vereinigt, und damit eine der Hauptgrundlagen zur Anbahnung der Rechtseinheit des Reiches gelegt.

Die Julianische Edictsredaction ist es, die allen späteren Arbeiten und Commentaren der Römer über das prätorische Recht zu Grunde liegt, und aus der daher auch unsere Kunde desselben fast allein stammt. Nur wenige vorjulianische Spuren haben sich bei nichtjuristischen Schriftstellern erhalten. Doch scheint Julian danach keine sehr bedeutenden Aenderungen des Textes vorgenommen zu haben. Die Julianische Redaction selber ist freilich nichts weniger als vollständig auf uns gekommen, sondern nur in den zum Theil sehr dürftigen und auch noch corrumpirten Citationen und Relationen bei den Pandektenschriftstellern. Zusammenstellungen davon mit Restitutionsversuchen sind bei uns mehrfach gemacht [1]).

Eigenthümlich ist die Ordnung des Edicts, die ja auch noch Justinians Pandekten zu Grunde liegt. Sie beruht nicht auf einem Rechtssysteme, sondern auf der praktischen Thätigkeit des Prätors. Zuerst kommen die Edicte über die Einleitung des Processes, dann die über den Inhalt des Processes, d. h. über die materiellen Klagerechte, dann die über den Schluß des Processes, Urtheil und Execution. Darauf folgte ein Anhang über besondere prätorische Einrichtungen, Interdicte, Exceptionen, Stipulationen.

§. 26. Neben diesen absterbenden republikanischen Formen der Gesetzgebung erwächst allmählig eine selbstständige neue Gesetzgebung der Kaiser. Sie tritt zunächst in den Formen der Verwaltung und Rechtspflege auf. In der gesammten inneren Verwaltung, namentlich dem Militär-, Finanz- und Fiscal-, Polizei- und Municipalwesen, führen die Kaiser bald eine absolute Centralisation ein. Sie ordnen und leiten alles selber, entweder durch allgemeine Verordnungen und Instructionen an die Beamten (edicta und mandata) oder durch specielle Erlasse, Rescripte und Decrete auf Berichte und Anfragen der Beamten über einzelne Fälle (epistolae, rescripta, decreta). Nicht weniger nahmen sie die Justiz in die Hände. Schon Augustus führte eine Appellation an den Kaiser in Criminal- und Civilsachen ein. Einzelne Beschränkungen derselben fielen unter seinen Nachfolgern bald weg. Daneben wurde aus dem allgemeinen imperium des Kaisers abgeleitet, daß er stets auch in erster Instanz zu Gericht sitzen, alle Processe annehmen, und sie nach Umständen selber entscheiden, oder Geschwornen überlassen, oder durch Rescript an Beamte verweisen könne. Dabei war auch zwischen Justiz und Verwaltung und namentlich Verwaltungsjustiz kein eigentlicher Unterschied. Nur war Regel, daß in den Sachen des alten Rechts der alte Geschwornen-Proceß blieb, alle Sachen der Verwaltung und Verwaltungsjustiz dagegen vom Kaiser oder den Beamten extra ordinem selber untersucht und entschieden wurden (ius extraordinarium). Es lag darin der Anfang vom Ende der Geschwornen.

[1]) Wirklich kritisch und brauchbar aber erst von: Rudorff, edicti perpetui quae reliqua sunt. 1869.

Alle Entscheidungen, Verfügungen und Verordnungen der Kaiser bei dieser ganzen Thätigkeit wurden mit dem allgemeinen Worte constitutio bezeichnet. Dieses umfaßt daher gleichmäßig die allgemeinen Edicte und Mandate und die speciellen Rescripte und Decrete, und ohne Unterschied zwischen Verwaltungs- und Justizsachen. Die rechtliche Kraft aller dieser Verfügungen hätte eigentlich nach den einzelnen Verhältnissen verschieden bestimmt werden sollen, indessen wurde ziemlich bald angenommen, daß, da das Volk sein ganzes imperium auf den Kaiser übertragen habe, auch alle seine Verfügungen vicem legis, d. h. die Kraft der Volksgesetze hätten, und zwar bei den Specialentscheidungen nicht nur für den einzelnen Fall, sondern allgemein auch für ähnliche Fälle, falls nicht die Absicht des Kaisers nur auf specielle Geltung gerichtet wäre. Eigentlich lag darin bereits die unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt. Denn es gab kein Princip, für welche Fälle Senatusconsult nöthig wäre, oder Constitution genügte. Im allgemeinen lag wohl die Idee des Gesetzes und der Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zu Grunde, aber von einer Klarheit darüber und einer bestimmten Grenze war keine Rede. Nur die Rücksichtnahme der Kaiser entschied, ob sie eine Frage an den Senat bringen oder selber durch Constitution darüber verfügen wollten. Jedenfalls haben die Kaiser der ersten Jahrhunderte ihr Recht zu allgemeinen Verordnungen nur in bescheidenem Maße ausgeübt, und mehr nur in Verwaltungssachen, weniger in eigentlichen Rechtsfragen.

Indessen war ihr Einfluß auf die Rechtsbildung durch die Specialverfügungen, die Decrete und Rescripte, bedeutend genug. Wenn dieselben auch eigentlich nur Anwendungen des bestehenden Rechts auf die einzelnen Fälle enthielten, so versteht sich doch, daß die Kaiser dabei in freierer Weise verfahren und Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit in größerem Maße einfließen lassen konnten, als dies dem gewöhnlichen Richter möglich gewesen wäre. Doch muß man anerkennen, daß sie es mit einem so echt juristischen Tacte und Sinne gethan haben, daß diese ganze Rechtsbildung mit zu den glänzendsten Seiten des römischen Rechtslebens gehört.

Besonders eigenthümlich wurde das Rescriptenwesen ausgebildet. Die Sitte, Processe mit zweifelhaften Rechtsfragen an den Kaiser zu bringen, damit er sie entweder selber entschiede, oder wenigstens bei Verweisung an einen Beamten die Entscheidung der Rechtsfrage in dem Delegationsrescripte ausspräche, wurde besonders seit Hadrian immer häufiger, und dahin erweitert, daß man geradezu einfache Anfragen über den Rechtspunkt in Processen an die Kaiser richtete, und diese durch Rescripte Antwort darauf ertheilten. Noch mehr konnten natürlich die Beamten solche Rechtsentscheidungen einholen. Es liegt darin eine Ausdehnung der Cabinetsjustiz, die nach heutigen Begriffen alle Grenzen überschreitet. In Rom erschien sie aber ganz natürlich, und scheint auch im ganzen nicht mißbraucht zu sein. Die Rescripte treten nach dem Untergange der großen Jurisprudenz gewissermaßen an die Stelle der responsa der Juristen. Wie die Gesetzgebung, so concentrirte sich auch der Rechtsgeist vom Volke durch die Juristen zuletzt im Kaiser. Die Zahl der Rescripte ging weit in die Tausende, von Diocletian allein kennen wir gegen 1300. Auf uns gekommen sind sie hauptsächlich durch die späteren Sammlungen [1]).

II. Wissenschaft. §. 27. Das Hauptelement für die Rechtsentwickelung der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit war, wie schon oben hervorgehoben ist, die Rechtswissenschaft. Sie ist überhaupt das, was dem römischen Rechte seine welthistorische Bedeutung gesichert oder eigentlich verschafft hat. Die römischen Gesetze, Edicte, Constitutionen mit

[1]) Alle außerdem erwähnten oder überlieferten Constitutionen s. bei: Haenel, corpus legum ab imperatoribus romanis latarum. 1857.

ihren vereinzelten Bestimmungen würden nie im Stande gewesen sein, eine weit über das römische Reich hinausgehende Bedeutung zu erlangen.

Nur dadurch, daß die Wissenschaft den gesammten Rechtsorganismus als solchen in seinen allgemeinen logischen und naturalen Elementen erfaßte und darlegte, und damit alle Einzelheiten zu einem innerlich zusammenhängenden Ganzen vereinigte, entstand eine Schöpfung, die sich als eine dauernde geistige Errungenschaft der Menschheit darstellt, und die darum das römische Reich überleben und bei uns von neuem die Grundlage des Rechts werden konnte.

Um diese Bedeutung der römischen Rechtswissenschaft gehörig zu würdigen, muß man zunächst von dem wesentlichen Gegensatze, in dem sie zu der heutigen Rechtswissenschaft steht, ausgehen. Die heutige Wissenschaft hat gerade im römischen Rechte einen detaillirten Rechtsorganismus mit ausgebildeter Technik vor sich. Ihre Aufgabe ist, das Detail auf die Principien zurückzuführen und so ein System zu bilden, was zu neuen Rechtsschöpfungen weiter geführt werden kann. Ganz anders die römische Wissenschaft. Sie hatte nur einzelne Rechtsbegriffe, Institute und Regeln als solche ohne nähere Bestimmung vor sich, und mußte die eigentliche Rechtstheorie und Technik daraus erst neu schaffen. Sie hatte z. B. den Begriff Besitz und daß er Interdicte und Usucapion begründe, den Begriff Kauf, und daß er Obligationen und Klage nach billiger Beurtheilung der Verabredungen der Parteien begründe u. s. w.; was aber Besitz eigentlich sei, und was Kauf, Vertrag, Bedingung, Obligation, Klage, Recht, Billigkeit u. s. w. sei, das stand weder in Gesetzen noch Edicten, sondern war dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und Gefühle der Richter überlassen. Die Aufgabe der Wissenschaft war daher, alle diese Begriffe rechtlich zu fixiren, ihre Voraussetzungen, Bestandtheile, Wirkungen zu bestimmen, die Beziehungen zu anderen zu ordnen, das Gemeinsame und Verbindende in ihnen, so wie das Unterscheidende und Trennende festzustellen, und auf diese Weise den allgemeinen Boden, in dem alle Einzelheiten wurzeln und verbunden sind, klar zu legen und dadurch für die unendliche Mannichfaltigkeit der praktischen Fragen und Fälle consequente und reichhaltige Entscheidungsnormen zu bilden. Der ganze innere technische Bau des Rechts mußte also erst neu geschaffen werden, und zwar vom Anfange bis zum Ende des gesammten Systems. Von der Bedeutung und dem Wesen dieser Aufgabe, ja von ihrem Dasein überhaupt, hatte man natürlich noch keine Idee, da der Begriff einer juristischen Technik überhaupt noch gar nicht im Bewußtsein der Welt existirte. Nur das wirkliche Leben und das praktische Bedürfniß führte die römischen Juristen von selber dazu hin. Eben darum besteht ihre Wissenschaft auch nicht in einem Suchen nach abstracten Principien und theoretischem Entwickeln derselben, sondern sie ist eine rein praktische, unmittelbar durch das Leben und das praktische Bedürfniß angeregt, unmittelbar auf dessen Befriedigung gerichtet. Dabei entfalten sie dann aber ein so wunderbares Talent der unbewußten naiven Production, daß sie einzig und unerreicht darin dastehen. Sie haben gewissermaßen die schöpferische Kunst des Rechts, der die erklärende Theorie wie sonst erst nachfolgt. Jeder Fall, jedes Verhältniß erscheint ihnen sofort im Lichte der es beherrschenden Rechtssätze, und mit fast unfehlbarer Sicherheit treffen sie die Entscheidung der entstandenen Rechtsfrage. Das Princip mit seinen Folgen steht fest vor ihrem Auge, aber nur in unmittelbarer Intuition, es abstract scharf auszusprechen, im Grunde genau darzulegen, halten sie einerseits nicht für nöthig, sind aber andererseits auch nicht fähig dazu. Sie geben oft geradezu falsche Gründe, und wenn sie Principien und Begriffe abstract bestimmen und entwickeln wollen, werden sie rhetorisch, selbst trivial, und verfallen sofort wieder in die Einzelfälle. Systematik hat eben darum für sie keinen Werth, steht aber auch noch auf der untersten Stufe bei ihnen.

Ihre Wissenschaft ist darum wesentlich casuistisch, auch ihre Commentare und Systeme sind casuistisch, aber es ist nicht jene spitzfindige talmudische und jesuitische Casuistik, die sich darin gefällt, möglichst sonderbare und paradoxe Combinationen zu lösen, sondern eine lebendig-praktische, die nur den Reichthum und die Mannichfaltigkeit des wirklichen Lebens zu reproduciren bestrebt ist.

Fragt man nach dem inneren Werthe der Resultate der römischen Rechtswissenschaft, so ist die althergebrachte Ansicht, daß sie die Entwickelung des reinen Naturrechts enthalte. In gewisser Weise ist dies richtig. Die Römer legen bei den allgemeinen Rechtsbegriffen, wie Besitz, Eigenthum, Obligation, Vertrag u. s. w. in der Regel nicht besondere Gestaltungen der nationalen Gewohnheit zu Grunde, sondern construiren sie selbstständig aus den naturalen Elementen der Begriffe selber, also z. B. aus den abstracten Begriffen des rechtsfähigen Subjects und Objects, des Willens, der Willensvereinigung, der Gebundenheit des Willens u. s. w. Wenn man daher in dieser abstracten Entwickelung der Elemente das reine Naturrecht sehen will, so ist dieses allerdings im römischen Rechte vielfach enthalten, wenngleich auch so noch über vieles Streit sein kann. Indessen darf man sich darüber nicht täuschen, daß jene ganze Auffassung immer eine einseitige ist, die die volle Natur des Rechts keineswegs erschöpft, und daß eine reichere Entfaltung der socialen Verhältnisse, als das römische Leben sie hatte, vielfach eine andere Auffassung und Gestaltung der Rechtsbegriffe begründet. Man denke z. B. nur an Grundeigenthum und Hypothekenwesen. Eben darum kann man den Werth der römischen Auffassungen auch nicht in ihrer absoluten Zweckmäßigkeit für die Lebensverhältnisse finden. Denn diese unterliegt bei veränderten Grundlagen des socialen Lebens, wie sie bei uns eingetreten sind, vielfach ganz anderen neuen Anforderungen, denen die römischen Bestimmungen keineswegs immer entsprechen. Daß endlich der Werth der römischen Jurisprudenz auch nicht in der wissenschaftlichen Form ihrer Theorie liegt, ist schon oben bemerkt. Das, was eigentlich den Werth ihrer Wissenschaft ausmacht, ist vielmehr die Begründung und Ausbildung der juristischen Technik, d. h. der scharfen Erfassung, Sonderung und entsprechenden Durchführung der einzelnen Elemente der Rechtsbegriffe und Rechtsverhältnisse. Ihre Casuistik beruht nie auf einem bloßen allgemeinen Rechtsgefühle, welches nur nach dem Totaleindrucke eine letzte billige und zweckmäßige Entscheidung sucht, sondern sie operiren stets nur mit genauer Scheidung der verschiedenen rechtlichen Elemente, Rücksichten und Standpunkte, die in einem Verhältnisse liegen, und erreichen das Resultat nur durch consequente Verfolgung und entsprechende Verbindung derselben. Die Billigkeit und Zweckmäßigkeit des Resultats ist erst eine secundäre Frage, die wieder ihre besondere Beurtheilung hat. Nicht unpassend nennt Leibnitz dies ein Rechnen mit Begriffen. Es führt allerdings nicht selten zu einem etwas starren Begriffsformalismus, allein wir verdanken ihm die scharfe Gliederung des Rechtssystemes bis in seine feinsten Elemente hinein, die durch das römische Recht die Grundlage unserer Wissenschaft geworden ist. In dieser Beherrschung der juristischen Technik stehen sich im wesentlichen alle römischen Juristen gleich, sie sind in dieser Beziehung bei aller individuellen Verschiedenheit doch, wie Savigny einmal sagt, gewissermaßen fungible Persönlichkeiten, und darauf beruht es, daß wir in dem unendlichen Detail ihrer Casuistik doch ein System von so merkwürdiger Consequenz finden.

§. 28. Ein wesentliches Element in der Entwickelung der römischen Rechtswissenschaft bildet die große praktische Bedeutung, die ihren Aussprüchen zu Theil wurde. Sie beruhte zunächst schon auf der natürlichen Macht, die die Wissenschaft als solche auf die unstudirten Beamten und Geschwornen ausüben mußte. Dazu kam, daß die bedeutenderen Juristen meistens eine hohe politische Stellung als Beamte, Räthe, selbst Freunde der Kaiser einnahmen, und damit natürlich ihr persönliches Ansehen auch auf ihre Schrif-

ten übertrugen. Die Hauptsache war indessen eine eigenthümliche politische Einrichtung, die schon Augustus eingeführt hat, das s. g. ius respondendi. Pomponius erzählt, Augustus habe, „ut maior iuris auctoritas haberetur“, constituirt, „ut ex auctoritate eius responderent“, die responsa wären dann mit Schrift und Siegel ausgestellt, die folgenden Kaiser hätten dies weiter geführt, und immer einzelnen Juristen das „ius publice respondendi“ ertheilt. An eine eigentlich gesetzliche Geltung der responsa darf man dabei nicht denken, schon darum nicht, weil ja immer auch widersprechende Responsen leicht möglich waren. Es war mehr nur eine moralische oder politische „maior auctoritas“, die sich bei den bestehenden Verhältnissen, namentlich der kaiserlichen Appellation, von selbst erklärt. Die Möglichkeit von Widersprüchen zwischen den Responsen sowohl der lebenden als der verstorbenen Juristen machte sich natürlich bald geltend, und wurde um so wichtiger, weil man das größere Ansehen der privilegirten Juristen bald von ihren Responsen auch auf ihre sonstigen Schriften und Aussprüche übertrug. Hadrian bestimmte daher, daß, wenn die Ansichten und Aussprüche aller privilegirten Juristen übereinstimmten, sie legis vicem haben sollten, bei Widersprüchen aber der Richter freie Wahl behalten solle. Damit war der Anfang einer eigentlich gesetzlichen Kraft der Wissenschaft und ihrer Resultate gemacht. Es konnte nicht fehlen, daß dies auch auf sie selbst zurückwirkte, und die Juristen in der Behandlung des Rechts und der Interpretation der Gesetze allmählig einen bedeutend freieren Standpunkt einnahmen, als er an sich eigentlich der Theorie zusteht und bei uns zulässig ist.

§. 29. Ueberhaupt bekam die Rechtswissenschaft in der Kaiserzeit durch die Veränderung des Staatslebens eine wesentlich andere Stellung als früher. Die monarchische Ordnung des Staats wies dem Ehrgeize und Talente eine andere Laufbahn an, als im Leben der Republik. Statt der Politik war jetzt hauptsächlich die innere Verwaltung und namentlich die Justiz das Feld, auf dem man zu Ansehen und Ehren gelangen konnte. Dabei trat aber jetzt mehr und mehr das Bedürfniß eigentlicher Fachkenntnisse zur gehörigen Verwaltung der Aemter hervor, und die Kaiser suchten daher möglichst Männer von anerkannter juristischer Bildung für die höheren Aemter und zu ihren Rathgebern zu gewinnen. Das sicherste Mittel, juristische Befähigung zu zeigen, war aber, sich als Respondent, Lehrer und Schriftsteller hervorzuthun. Demgemäß sehen wir, daß es die gewöhnliche Laufbahn der bedeutenderen Juristen war, zuerst als Respondenten und Lehrer anzufangen, und dann allmählig zu Aemtern und in den Rath der Kaiser aufzusteigen [1]).

In Verbindung damit steht die Ausbildung des eigentlichen schulmäßigen Unterrichts, und die Entstehung der beiden berühmten „sectae“ oder „scholae“, der Sabinianer und Proculianer. Ursprung und Bedeutung derselben sind noch immer nicht klar, wohl hauptsächlich darum, weil der Ursprung etwas anderes war, als die spätere Ausbildung. Der erste Anfang lag in einem rein individuellen Gegensatze zwischen zwei bedeutenden Juristen. Antistius Labeo und Atejus Capito waren anerkannt die beiden ersten Juristen unter Augustus, decora pacis, wie Tacitus sagt. Beide waren aber nach Anlage, Charakter und geistiger und politischer Richtung vollständige Gegensätze. An der Grenzscheide der Republik und Monarchie stehend, waren sie gewissermaßen die theoretischen Repräsentanten beider.

Labeo, aus alter plebejischer Familie, war wie seine Vorfahren, die sich als heftige Volkstribunen hervorgethan hatten, und wie sein Vater, der mit Brutus bei Philippi gekämpft und sich selbst den Tod gegeben hatte, schroffer Republikaner „incorrupta liber-

---

[1]) Vgl. Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreiche. 1868.

tate", wie Tacitus sagt. Verschiedene kleine Anekdoten von ihm bestätigen es. Sein eigener Gegner, Capito schrieb von ihm: iuris civilis adprime doctus fuit, sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors. Capito dagegen, aus einer erst durch Sullanische Proscriptionen heraufgekommenen Familie, entwickelte ein solches „obsequium dominantibus", wie Tacitus sagt, daß er zwar bei Augustus und Tiberius in hohen Ehren stand, aber durch servile Schmeichelei, die selbst dem Tiberius zu arg wurde, in allgemeine Verachtung kam, „insignis infamia, qui iuris scientiam dehonestavit", sagt Tacitus von ihm. Beide waren Schriftsteller und Lehrer, Labeo aber weit überwiegend an Geist, Gelehrsamkeit und allgemeiner Bildung. Pomponius charakterisirt den wissenschaftlichen Unterschied beider so: „Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit, Capito in his quae ei tradita fuerant, perseverabat." Offenbar war der ganze Gegensatz danach ein höchst individueller, und vorzugsweise auf dem eigenthümlich hervorragenden Geiste und Charakter des Labeo beruhender. Indessen führte er zu einer Reihe einzelner praktischer Rechtscontroversen, in denen er auch in Schülern ohne die Individualität der Lehrer fortleben konnte. Unzweifelhaft stand jedoch die förmliche Scheidung von zwei eigentlichen „sectae" oder „scholae" mit der schulmäßigen Ausbildung des Unterrichts, der schon unter den ersten Kaisern eintrat, und den verschiedenen festen „stationes ius publice docentium" in Verbindung. Die scholae waren nicht blos ideelle Richtungen der Wissenschaft, sondern beruhten auf verschiedenen Unterrichtseinrichtungen und Anstalten, stationes, in denen bestimmte Ansichten traditionell fortgepflanzt und von bestimmten Lehrern vertreten wurden. Die alten individuellen Gegensätze von Labeo und Capito verschwanden dabei vollständig, nicht nur der politische, sondern auch der wissenschaftliche von speculativer und positiver Richtung. Der Unterschied der Schulen löste sich in eine Reihe einzelner, zum Theil sehr unbedeutender, Controversen ohne alle tendenziösen Unterschiede auf. Doch war der Streit von großem Einfluß auf die Wissenschaft, zunächst schon durch die allgemeine Steigerung des Interesses für juristische Fragen und dann namentlich durch die Schärfung der Dialektik und Polemik.

Den Anfang der eigentlichen Schulen hat man ziemlich bald nach Labeo und Capito selbst zu setzen; darauf deutet wenigstens, daß die Schule des Capito nach seinem unmittelbaren Schüler Sabinus benannt wurde, und die des Labeo nach einem zweitfolgenden Schüler, Proculus. Fortgedauert haben die Schulen bis nach Hadrian; bei Gajus tritt der Streit noch sehr hervor, nach ihm und unter den Severen findet sich keine Spur mehr davon. Wie und warum sie aufgehört haben, ist unklar. Wahrscheinlich hängt es mit Aenderungen des äußeren Unterrichtswesens zusammen, namentlich mit dem Entstehen und Aufblühen von Rechtsschulen in den Provinzen, besonders in Beryt, Cäsarea und Alexandrien.

§. 30. Von der Geschichte der einzelnen römischen Juristen wissen wir nicht viel. Die römische Geschichtschreibung der Kaiserzeit löst sich ja fast ganz in eine Geschichte der Kaiser auf. Was mit diesen nicht in Berührung tritt, wird der Vergessenheit überlassen. Daher erfahren wir von den Juristen immer nur einzelne gelegentliche Notizen, wenn sie höhere Aemter hatten, oder sonst in die Kaisergeschichte verwickelt wurden. Von vielen wissen wir geradezu gar nichts als ihre Namen und ihre Bücher. Man darf sich aber auch die Zahl dieser schriftstellernden Juristen nicht zu groß denken, und nicht etwa heutige Maßstäbe anlegen. In den Pandekten sind 39 Schriftsteller excerpirt, davon sind 34 aus der Zeit von Augustus bis in die Mitte des dritten Jahrhunderts. Sie waren zwar nicht die einzigen, aber doch mit wenigen älteren Ausnahmen die einzigen bedeutenden.

Außerdem kennen wir noch etwa 30—40 Namen. Darüber hinaus kann es nichts Nennenswerthes mehr gegeben haben.

Von den Einzelnen können hier nur wenige hervorgehoben werden. Nach den schon oben genannten Augusteischen Juristen zunächst Massurius Sabinus unter Tiberius, der ein System des Civilrechts, tres libri iuris civilis, schrieb, welches später die allgemeine Grundlage für die Darstellungen des Civilrechts wurde. Dann Salvius Julianus unter Hadrian und Antoninus Pius, der als „ordinator edicti praetorii et summae auctoritatis homo“ durch seine Schriften einen außerordentlich weitgreifenden Einfluß gewann, und als Begründer der freieren Richtung der Wissenschaft nach Hadrian bezeichnet werden darf. Keiner ist von den späteren Schriftstellern so viel benutzt und citirt, wie er, in den Pandekten an mehr als 500 Stellen (abgesehen von seinen eigenen Excerpten); ferner Gajus unter Antoninus Pius und Marc Aurel, der zwar bei Lebzeiten als praktischer Jurist kein besonderes Ansehen gehabt zu haben scheint, (vielleicht nur „Provinzialjurist“ und ohne ius respondendi war,) der aber durch seine Institutionen, seine Systematisirung und seine historische Richtung für den späteren Unterricht und die heutige Theorie eine ganz besondere Wichtigkeit erlangt hat. Zuletzt die drei Juristen unter den Severen, Aemilius Papinianus, Domitius Ulpianus und Julius Paulus, die berühmtesten von allen. Papinian galt bei den Römern selbst als der Gipfel der römischen Jurisprudenz, obgleich er nicht sehr viel geschrieben hat, fast nur Responsa und Quaestiones. Er war praefectus praetorio unter Septimius Severus und als solcher mit auf dessen Feldzuge in England. Von ihm mit dem Schutze seiner Söhne, Caracalla und Geta, betraut, wurde er von dem ersteren, dem älteren, ermordet, weil er die Ermordung des letzteren verhindern und nicht rechtfertigen wollte. Ulpian war praefectus praetorio unter Alexander Severus, und wurde von den Prätorianern, deren Zügellosigkeit er bändigen wollte, ermordet. Seine vielen Schriften gewannen durch ihre Klarheit und Vollständigkeit eine solche Bedeutung, daß ein ganzes Drittheil der Pandekten aus ihnen entnommen ist. Paulus war mit oder nach Ulpian praefectus praetorio und war der fruchtbarste unter allen römischen Juristen, er schrieb über 90 verschiedene, zum Theil sehr große, Werke.

Nach diesen, etwa mit der Mitte des dritten Jahrhunderts, hört die productive Jurisprudenz rasch und vollständig auf. Es trat die Zeit des vollständigen Zerfallens des Reiches ein, wo in 50 Jahren 17 Kaiser aufeinanderfolgten, und nur zuletzt Diocletians eiserne Hand den Staat vom Untergange rettete.

§. 31. Auch die Schriften der römischen Juristen darf man sich der äußeren Masse nach nicht zu groß denken und nicht mit heutigem Maße messen. Justinian sagt, in den Pandekten seien die Schriften sämmtlicher benutzter Juristen auf $1/_{20}$ reducirt; danach würde die ganze juristische Literatur der Kaiserzeit nur etwa 20—30mal so viel wie die Pandekten ausgemacht haben, also, da diese 5 mäßige Octavbände füllen, nur 100—150 Octavbände. Dabei muß man natürlich die Kürze der lateinischen Sprache überhaupt, die concise und gedrängte Schreibart der Juristen, und endlich die eigenthümliche kategorische Art ihrer Methode, die fast immer nur die Resultate, nie lange Begründungen gibt, in Betracht ziehen.

Dem Inhalte nach bezieht sich die ganze Literatur überwiegend nur auf Privat- und Strafrecht und die beiden Processe. Ein Staatsrecht gab es ja eigentlich gar nicht. Die Rechte und Pflichten der Beamten, Steuer- und Fiscalrecht und Municipalrecht ist das einzige, worüber auch wohl noch geschrieben wurde, aber wenig. Naturrecht und Rechtsphilosophie gab es gar nicht, das ius naturale hatte im ius gentium eine unmittelbar praktische Gestalt, man sah im Rechte selber die Philosophie, und zwar „veram non simulatam“, wie Ulpian sagt.

Der Form nach hatte man ähnliche Unterschiede wie bei uns, exegetische, systematische, monographische, casuistische Schriften, unter den verschiedenartigsten Titeln. In der Ausführung waren freilich alle mehr oder weniger casuistisch. Im Privatrechte unterschied man bei den größeren Werken namentlich Civilrecht und prätorisches Recht. Bei dem ersteren wurde das System des Sabinus, das wieder auf dem des alten Q. Mucius beruhte, die allgemeine Grundlage. Die größeren Werke darüber wurden daher libri ad Sabinum betitelt, so von Pomponius, Ulpian und Paulus. Die Werke über das prätorische Recht waren einfach in Form von großen Commentaren „ad edictum", so von Pomponius, Gajus, Ulpian und Paulus. Ein gemeinsames System stellte zuerst Gajus in seinen Institutionen auf, welches nachher von anderen mehrfach nachgeahmt wurde, auch unter Zuziehung des Strafrechts. Digesta scheint man die gesammelten und geordneten Werke eines Schriftstellers genannt zu haben.

Die heutige Ueberlieferung dieser ganzen Literatur ist leider äußerst mangelhaft. Auch nicht ein einziges, von allen jenen Werken ist vollständig auf uns gekommen. Zwar ist gewissermaßen die praktische Quintessenz der ganzen Literatur in den Excerpten, die Justinians Pandekten bilden, erhalten, aber in wie zerstückelter und corrumpirter Form! Außerdem sind nur wenige Bruchstücke auf uns gekommen. Das wichtigste sind die Institutionen des Gajus, die im J. 1816 in der Bibliothek des Domcapitels zu Verona in einem s. g. codex rescriptus von Niebuhr aufgefunden sind, jedoch mit Lücken von wenigstens $^1/_5$ des Ganzen, weil mehrere Blätter fehlten und andere nicht mehr vollständig entziffert werden konnten. [1]) Daneben sind hier nur noch zu nennen ein Bruchstück von 40—50 Seiten von einem Auszuge aus Ulpians liber singularis regularum, im IV. oder V. Jahrhunderte gemacht, im XVI. Jahrhunderte aufgefunden und bei uns in der Regel Ulpiani fragmenta genannt, [2]) und dann ein Auszug aus den sententiae receptae von Paulus, der in das Westgothische Gesetzbuch vom J. 506 aufgenommen war, etwa 69—70 Seiten. [3]) Dazu kommen noch eine Reihe von Excerpten in den Sammelwerken des IV. und V. Jahrhunderts (§. 37) und einzelne kleinere Bruchstücke. [4])

Vierter Abschnitt. Das absolute Kaiserthum. I. Gesetzgebung. §. 32. Die vollständige Zersplitterung, die dem Reiche in der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts drohte, wurde endlich durch die starke und eiserne Hand zweier Kaiser von illyrischer Abstammung abgewendet, Diocletian und Constantin. Die Erhaltung war aber nur noch möglich durch eine vollständige Umgestaltung der ganzen Staatsordnung. Die neue Bahn, in die das Staatsleben hineingeleitet werden mußte, war durch den bisherigen Gang der Dinge schon vorbezeichnet, es war der vollendete Absolutismus im orientalischen Style. Der Kaiser ist nicht mehr der Vertreter des Volks, sondern der unmittelbare Stellvertreter Gottes. Die heidnische Adoration, die Diocletian einführte, hob der christliche Constantin zwar wieder auf, allein im übrigen werden die coelestis und imperialis majestas oder sanctitas ziemlich auf eine Stufe gestellt, und alles, was den Kaiser betrifft, vom Palaste bis zum Geldbeutel als sacrum bezeichnet. Dem entsprechend wird die ganze Staatsverwaltung neu geordnet, die alte Macht der Beamten wird auf-

---

[1]) Gai institutiones, codicis apographum, ed. Boecking. 1866. Von den vielen Ausgaben sind nur anzuführen die große von Göschen und später Lachmann, 1842, und die von Böcking, 1866. Eine neue nach Revision der Handschrift wird von Mommsen vorbereitet.

[2]) Ulpiani fragmenta, ed. Boecking. 1855. Ulpiani e libro regularum excerpta, ed. Vahlen. 1856.

[3]) Pauli receptarum sententiarum libri V, ed. Arndts. 1833.

[4]) Vollständige Sammlung: Huschke, iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt, ed. II. 1867.

gehoben, Civil- und Militärgewalt werden getrennt, ebenso Hof-, Staats- und Gemeindeämter. Die Provinzen werden verkleinert, neue Eintheilungen eingeführt, die alten republikanischen Aemter zu Gemeinde- und Ceremonialämtern heruntergesetzt, namentlich aber wird der gesammte Beamten- und Verwaltungsmechanismus mit möglichst breiten und festen Formen, Stufen und Instanzen genau geordnet, alles natürlich mit absoluter Centralisation im Kaiser.

Daß hiernach auch die Gesetzgebung sich vollständig im Kaiser concentrirt, versteht sich von selbst. Der Kaiser ist der alleinige Gesetzgeber, aber sein Wille ist unbedingt Gesetz. Die Gesetze werden daher nun einfach vom Kaiser als leges edictales oder generales erlassen, und zwar jetzt, wie früher vom Volke, mit dem kaiserlichen iubemus oder sancimus. Die Kaiser Theodor und Valentinian erklärten zwar einmal, sie wollten kein Gesetz ohne Anhörung und Zustimmung des Senats erlassen, und sogar Justinian hat dies noch wiederholt, indessen war das in keiner Weise bindend und bildete nicht einmal eine nothwendige Form. Ueberhaupt gab es gar keine bestimmte Form für die Gesetze. Meistens wurden sie in Form eines Schreibens vom Kaiser an einen Beamten erlassen, der für ihre weitere Publikation zu sorgen hatte. Erklärlich ist, daß die Kaiser jetzt bei dieser absoluten Freiheit der Gesetzgebung selber wünschen mußten, daß nicht ohne weiteres jeder Ausspruch von ihnen sofort als allgemeines Gesetz behandelt würde, daher hoben sie nun die allgemeine Gesetzeskraft der Specialrescripte und Decrete auf, natürlich sofern sie nicht allgemeine Geltung besonders vorschrieben.

Der innere Geist dieser neuen Gesetzgebung ist natürlich vom bisherigen Rechte sehr abweichend. Die alte Schärfe des Gedankens, die legislative Umsicht und namentlich die feste Technik des Rechtes verschwinden. Die Gesetze werden meistens durch einen concreten Fall veranlaßt, und man vermag dann nicht die allgemeine Bestimmung von dessen Gepräge loszureißen und selbstständig zu bilden, ebensowenig neben dem bezweckten factischen Erfolge auch die technische Form ins Auge zu fassen Die Gesetze sind daher breit und schwülstig in den factischen Elementen, ungenau unklar und beschränkt in den juristischen Gedanken. Doch haben sie die Entwickelung des römischen Rechtes zu seiner weiteren Universalisirung fortgeführt, wenn auch nicht in befriedigender, doch in erträglicher Weise. Die Macht der Verhältnisse trieb mit einer gewissen Nothwendigkeit dazu, das Bedürfniß und die Aufgabe der Gesetzgebung wurde in der Regel, wenn nicht erkannt, doch gefühlt, man hatte nur nicht mehr die Kraft, sie in entsprechender Weise zu erfüllen.

Ein ganz neues Element in diesen Gesetzen ist das Christenthum. Man darf sich aber dessen Einfluß nicht zu groß denken. Allerdings in der Umwandlung des gesammten eigentlichen Religionswesens, also der äußeren Aufhebung und Beseitigung des Heidenthums mit allem, was damit zusammenhing, und der Begründung und Ordnung der christlichen Kirchenverhältnisse mit Einschluß namentlich der Ketzerverfolgungen, ist die kaiserliche Gesetzgebung außerordentlich reich und ergiebig. Die Kirche hatte selber noch keine äußere Macht, der kaiserliche Absolutismus duldete auch eine solche Macht nicht neben sich, dagegen wußte sie sich des inneren Einflusses auf die Kaiser bald zu bemächtigen und namentlich Privilegien für die Rechtgläubigen und Verfolgung für die Andersgläubigen zu erwirken. Im übrigen aber sind es eigentlich nur zwei Ideen des Christenthumes, die einen bedeutenderen Einfluß erlangten, die Keuschheit und die Wohlthätigkeit. Die naive Sinnlichkeit des Alterthums war allmählig in eine bodenlose Liederlichkeit ohne Scham und Sitte umgeschlagen. Augustus hatte zwar durch seine Lex Papia etwas entgegenzuwirken und die Ehe zu heben gesucht, aber doch in den Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit und den Belohnungen für die Verheiratheten und mit Kindern Gesegneten

auf eine rohe und beschränkte Weise. Die ascetische Richtung des Christenthums rief hier wesentliche Aenderungen hervor. Zwar vermochten auch die christlichen Kaiser die Erlaubtheit des Concubinats und die Freiheit der Ehescheidung nicht zu beseitigen, doch wurden sie beschränkt, und auch sonst die Ehe würdiger behandelt. Die Wohlthätigkeit als Tugend war eigentlich dem Heidenthume ein fremder Begriff, weder Cicero de officiis noch Seneca de beneficiis sprechen davon, das Christenthum rief sie aber in der mannichfachsten Weise hervor, und die Kaiser haben sie in ihrer Weise mit Gesetzen und Privilegien geschützt und gefördert.

Sonst und auf dem Gebiete des eigentlichen Rechts ist vom Einflusse des Christenthums nicht viel zu spüren, weder wird die Sklaverei abgeschafft oder auch nur viel über die Milderungen der Antonine hinausgeführt, noch wird die Grausamkeit des Strafrechts, die Habsucht der Kaiser, die Bedrückung des Volkes gemildert. Andererseits hält man sich aber auch von jener verkehrten Vermischung von Recht und Religion fern, die später im canonischen Rechte hervortritt.

Die Theilung des Reiches in das occidentalische und orientalische hatte auf die Gesetzgebung keinen großen Einfluß. Beide Reiche waren stets in Frieden, sahen sich eigentlich als zwei Theile eines Reiches an, und erließen daher auch fast alle Gesetze gemeinschaftlich. Die verwischte Verschiedenheit der Nationalitäten konnte noch keine Bedeutung wieder gewinnen. Selbst die Sprache der Gesetzgebung blieb im Oriente die lateinische, obgleich im vierten Jahrhunderte und namentlich in Provinzialerlassen die griechische Sprache allmählig sich auszudehnen anfängt.

II. Wissenschaft. §. 33. Die erstorbene productive Wissenschaft der großen Juristen wieder ins Leben zu rufen, war natürlich kein Kaiser im Stande. Ihre Zeit war überhaupt dahin, sie hatte ihre Aufgabe erfüllt. Die Epigonen zehrten entweder einfach von den Schätzen, die jene gesammelt, oder fingen an, sie zu bearbeiten und zu commentiren. Das erstere war der allgemeine Standpunkt der Praxis. Man benutzte die juristischen Bücher allmählig wie Gesetze, die alten Gesetze, Edicte, Senatusconsulte brauchte man gar nicht mehr, in den Commentaren stand ja alles bequemer, besser und deutlicher. Mit der Einstimmigkeit, die Hadrian verlangt hatte, nahm man es natürlich nicht genau, wer hätte sie auch genau untersuchen können. Schwierigkeiten und Streit waren doch genug da. Gesetzlich war der Zustand nicht; da die Kaiser ihn aber nicht hindern konnten, ordneten sie ihn wenigstens durch s. g. Citirgesetze, namentlich das große vom J. 426 von Theodos II. und Valentinian III. Darin wurde nicht mehr Einstimmigkeit verlangt, sondern schon der Majorität die Gesetzeskraft beigelegt, bei Stimmengleichheit soll Papinian entscheiden. Zugleich wurde bestimmt, welche Schriftsteller citirt werden durften, was vielfach zweifelhaft war. Fünf werden genannt, Gajus, Papinian, Ulpian, Paulus und Modestinus, der letzte, ein unbedeutender Schüler Ulpians, offenbar nur weil er zu den letzten der großen Zeit gehörte. Alles, was sie geschrieben haben, darf citirt werden, mit Ausnahme der tadelnden Noten von Ulpian und Paulus zu Papinian, außerdem aber auch die Schriften aller der Juristen, die von jenen fünfen irgendwo citirt sind, d. h. die das ius respondendi gehabt hatten, denn andere waren von der Aristokratie der Juristen nicht citirt.

Das Gesetz war gut gemeint, aber unausführbar. Welcher Richter war reich genug, um sich alle jene Bücher anzuschaffen? und wer von den Reichen hatte Lust und Geschick genug, um die Majoritätsbestimmung herauszulesen? In den großen Städten, in den Rechtsschulen, bei den höchsten Beamten mochte man die Bücher wohl finden, d. h. mehr oder weniger, aber der gewöhnliche Provinzialpräses, der Advocat, der niedere Richter be-

gnügte sich jedenfalls mit sehr wenig Büchern, Gajus Institutionen und Paulus sententiae reichten in der Regel aus. In der Reihe von Gutachten eines Juristen des fünften Jahrhunderts, die zufällig auf uns gekommen ist, und bei uns consultatio iuris consulti cuiusdam genannt wird, sind neben den Kaisergesetzen einfach immer nur Paulus sententiae citirt. In den römischen Gesetzbüchern der Gothen und Burgunder sind auch nur diese sententiae und Gajus Institutionen benutzt.

Die ganze Arbeit und Weisheit der großen Juristen würde allmählig vollständig verloren gegangen sein, wenn ihre Resultate der Praxis nicht näher gelegt und zum täglichen Gebrauche bequemer gemacht wurden. Die Arbeit des Sammelns, Vergleichens, Abwägens und Entscheidens mußte ein für allemal von oben her von Staats wegen geschehen, und danach ein festes gesetzliches Resultat der Praxis in die Hände gegeben werden. Das erkannte Justinian, führte es in seinen Pandekten aus, und ist damit der Erhalter der römischen Jurisprudenz für die Nachwelt geworden.

III. Sammlungen des Rechts. A. Vor Justinian. §. 34. Das Bedürfniß von Sammlungen der Resultate der bisherigen Rechtsbildung wurde schon lange vor Justinian dringend fühlbar und rief auch schon vor ihm allerlei Vorläufer seiner Werke hervor. Am dringendsten war es bei den kaiserlichen Constitutionen, namentlich den Rescripten und Decreten, weil diese, einzeln an und nach verschiedenen Orten erlassen, eigentlich von gar Niemand recht übersehen werden konnten, und ihre Verbreitung zum Theil ganz vom Zufall abhing. Schon unter den Schriften der großen Juristen finden sich daher Zusammenstellungen von kaiserlichen Rescripten und Entscheidungen. Nach ihrer großen Vermehrung unter Diocletian entsteht aber nun eine Reihe von eigentlichen reinen Sammlungen. Den Anfang machen zwei Privatsammlungen, der Codex Gregorianus und Hermogenianus. Der erstere enthielt die Constitutionen von Hadrian bis Diocletian, nach den Materien in Bücher und Titel geordnet. Er ist wahrscheinlich noch unter Diocletian selbst und auf seine Veranlassung angelegt, aber von einem sonst nicht weiter bekannten Verfasser. Der Codex Hermogenianus war jedenfalls ein Nachtrag dazu, doch ist zweifelhaft, ob vom Anfange oder Ende des vierten Jahrhunderts. Wir haben von beiden nur wenige Bruchstücke durch andere Sammlungen.[1]) Im Anschlusse an beide und nach ihrem Muster ließ dann officiell zuerst Theodos II. eine Sammlung der Constitutionen von Constantin bis auf ihn selbst anlegen, den s. g. Codex Theodosianus. Das Werk wurde mit großem Pompe durch eine Commission von sechzehn Beamten abgefaßt, die, weniger gewandt als später Justinians Compilatoren, dazu nicht weniger als neun Jahre brauchten, 429 — 438, enthält aber allerdings über zweitausend Gesetze, mit vielfachen Aenderungen, Abkürzungen und Zerlegungen. Es ist fast vollständig auf uns gekommen.[2]) Von Valentinian III. wurde es auch im westlichen Reiche publicirt und verordnet, daß alle „novellae leges“ beider Reiche ihm angeschlossen werden sollten. Bis zum J. 468 ist dies auch von beiden Kaisern und ihren Nachfolgern geschehen. Man nennt diese Gesetze bei uns ungenau die Theodosischen Novellen.[3])

Neben diesen Sammlungen der Kaisergesetze finden sich im vierten oder fünften Jahrhunderte auch zwei Versuche, das ältere Recht aus den Schriften der Juristen mit dem Constitutionenrechte zu verbinden. Man unterschied beides als ius und leges. In der

---

[1]) Ausgabe von Hänel, 1837.

[2]) Aeltere Ausgabe von Jac. Gothofredus mit großartigem Commentar, 1655 (1735), neuere kritische von Hänel, 1842.

[3]) Novellae constitutiones imp. Theod. etc. ed. Haenel, 1844.

Vaticanischen Bibliothek in Rom sind im J. 1823 in einer größeren Handschrift dreiunddreißig rescribirte Blätter gefunden, die zu einer ziemlich umfangreichen Sammlung von ius und leges gehört haben müssen. Sie enthalten die Titel über Kauf, Nießbrauch, dos, Vormundschaft, Schenkung und Procuratoren, alles mit großen Lücken durch den Zustand der Handschrift. Das ius besteht nur in Excerpten aus Papinians, Ulpians und Paulus Schriften. Die leges sind fast nur Rescripte bis zum J. 318, offenbar aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus entnommen, außerdem nur drei unverkürzte, weitschweifige Gesetze von Constantin, und eines von Valentinian vom J. 372. Ueber den Ursprung der Sammlung, namentlich ob sie reine Privatarbeit oder Versuch einer officiellen Sammlung war, wissen wir gar nichts. Angefertigt ist sie im Occident, entweder in den ersten oder den letzten Jahrzehnten des vierten Jahrhunderts, je nachdem die erwähnten vier Gesetze ursprünglicher Bestandtheil oder späterer Zusatz sind. Man nennt sie bei uns **Fragmenta Vaticana.**[1])

Die andere Sammlung, in den Handschriften **Lex dei**, bei uns **Collatio legum mosaicarum et romanarum**, genannt, ist ein höchst eigenthümliches Werk: fünfzehn Titel Strafrecht und ein Titel Intestaterbrecht, in jedem eine Stelle des mosaischen Rechts voran und dann eine Reihe römischer dahinter, als ius Excerpte aus den Schriften der fünf Juristen des Citirgesetzes, als leges Constitutionen aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus und ein Theodosisches Gesetz vom J. 390. Ob die Zusammenstellung des mosaischen und römischen Rechts nur theoretisch zum Beweise der Uebereinstimmung beider dienen sollte, oder für die praktische Anwendung bei einem bischöflichen Gerichte gemacht ist (nach Rudorffs Annahme vom H. Ambrosius in Mailand), ist schwer zu entscheiden.[2])

B. **Justinian.** §. 35. Das abendländische Kaiserreich war untergegangen, Italien von den Ostgothen erobert, ein neues Reich durch Theoderich gegründet, da bestieg in Constantinopel im J. 527 ein Mann den Thron, der, weder an Geist noch Charakter groß, doch durch geschickte Benutzung der Verhältnisse und Personen noch einmal eine Art Restauration des altrömischen Reiches und Glanzes durch Verbindung von Italien, Asien und Afrika mit Griechenland herzustellen vermochte, und für das römische Recht in kurzer Zeit die Arbeiten auszuführen wußte, die noch zum eigentlichen historischen Abschluß desselben und für seinen Uebergang auf die Nachwelt nothwendig waren. Dies ist Justinian, im J. 482 in Tauresium, einer kleinen Stadt des heutigen Serbiens, von armen slavischen Hirten geboren. Sein Onkel Justinus, der sich vom gemeinen Soldaten allmählig zum Kaiser emporgeschwungen hatte, ließ ihn studiren und in den Staatsdienst eintreten, nahm ihn 527 zum Mitkaiser an, starb aber bald darauf und hinterließ ihm den Thron, den er bis zu seinem Tode 565 behielt. Justinians Persönlichkeit ist bei seiner politischen Thätigkeit weder imponirend noch anziehend. Er war feig, treulos, hinterlistig, grausam, habsüchtig, eitel, frömmelnd, nie setzte er seine Person ein, weder bei inneren Aufständen, noch äußeren Kriegen, seine Erfolge verdankte er lediglich seinen Feldherren Belisar und Narses, gegen die er dann doch wieder argwöhnisch und undankbar war. Größere persönliche Bedeutung wird man ihm bei seiner gesetzgeberischen Thätigkeit zusprechen können, da er dazu durch Studium und Staatsdienst vorbereitet war, und offenbar seine Hauptpläne schon von daher mit auf den Thron brachte. Das Hauptverdienst in der weiteren Durchführung hat zwar auch hier wohl sein Justizminister Tribonianus, ein Pamphylier,

---

[1]) Ausgabe mit Nachbildung der Handschrift von Mommsen, 1860.
[2]) Ausgabe: Lex dei, ed. Blume, 1833.

der ein bedeutendes Talent gewesen sein muß, und dabei von seinen Zeitgenossen als ein menschenfreundlicher, freidenkender, liebenswürdiger und witziger Mann geschildert wird, freilich zugleich auch als habsüchtig und gewissenlos.

Die Bedeutung der legislativen Thätigkeit beider besteht nun keineswegs blos in der Bewerkstelligung der großen Sammlungen, sondern eben so sehr auch in den mehr als fünfhundert neuen Gesetzen, wodurch die lange vernachlässigte römische Rechtsentwickelung jetzt in kurzer Zeit in einer Menge der wichtigsten Punkte erst zu dem nöthigen oder wenigstens möglichen Abschlusse gebracht wurde. Zwar hätte eigentlich noch viel mehr geschehen sollen, und auch alle jene Gesetze leiden an den oben besprochenen Mängeln der späteren Kaisergesetzgebung, unklarer Erkenntniß der Aufgabe und mangelhafter Lösung namentlich in technischer Beziehung, allein im ganzen und wesentlichen haben sie doch meistens die rechte Richtung, und übertreffen jedenfalls weit die ganze voraufgehende Gesetzgebung seit Constantin.

§. 36. Der Verlauf der Justinianischen Gesetzgebung ist im einzelnen folgender:

1) Der alte Codex. Die eigenen Erfahrungen, die Justinian in seinem Staatsdienste über den trostlosen Zustand der Rechtsquellen gemacht hatte, hatten offenbar den Plan in ihm erweckt, als Kaiser durchgreifende Reformen darin vorzunehmen. Schon wenige Monate nach Justinus Tode fing er damit an. Das erste war eine neue Sammlung der Constitutionen, unter Vereinigung der drei bisherigen Codices zu einem, Beseitigung des Antiquirten, Hinzunahme der neuen Gesetze, besserer Anordnung des Ganzen. Am 15. Februar 528 wurde eine Commission von sieben Beamten, Advocaten und Professoren, worunter Tribonian noch als Advocat war, eingesetzt. In einem Jahre war das Werk fertig und wurde am 7. April 529 publicirt. Durch die Revision vom J. 534 ist es wieder aufgehoben und daher auch nicht auf uns gekommen. Nur die beiden Gesetze, wodurch es anbefohlen und publicirt wurde, sind auch dem neuen Codex vorne beigefügt.

2) Die fünfzig Decisionen. Die zweite Aufgabe, die Sammlung und Sichtung des ius, war ungleich schwieriger. Justinian sah ein, daß zur Beseitigung der Differenzen der alten Juristen das Abzählungsprincip des Citirgesetzes nicht ausreichte, sondern selbstständige Entscheidungen nöthig waren, und daß auch eine Menge alter Reste von abgestorbenen Instituten zuvor vollständig beseitigt werden mußte, so z. B. die Unterschiede von res mancipi und nec mancipi, quiritarischem und bonitarischem Eigenthum, Legaten und Fideicommissen u. a. Er erledigte dieses zunächst durch eine Menge einzelner Gesetze. Wir kennen aus dem J. 529 gegen achtzig, vom J. 530 gegen einhundertunddreißig, vom J. 531 gegen einhundert. Er soll davon fünfzig Entscheidungen alter Controversen in einer besonderen Sammlung vereinigt und an die Rechtsschulen geschickt haben.

3) Die Pandekten. Nachdem das Werk so vorbereitet war, erließ Justinian am 15. December 530 eine Instruction an Tribonian, der inzwischen zum quaestor palatii erhoben war, worin er ihn beauftragte, eine Commission zusammenzusetzen, und mit dieser aus den Schriften der alten Juristen, aber nur der mit ius respondendi, alles noch praktisch Brauchbare wörtlich zu excerpiren, alles Veraltete und Ueberflüssige auszuscheiden, alle Widersprüche zu beseitigen, und danach auch so viel als nöthig am Texte zu ändern; die gesammten Excerpte sollten dann nach ihrem Inhalte in der Ordnung des prätorischen Edicts in fünfzig Büchern mit Titeln zusammengestellt werden, und so unter dem Namen *πανδέκται* oder digesta als codex iuris (enucleati) neben dem codex legum stehen, und mit diesem zusammen ein vollständiges Gesetzbuch in zwei Theilen bilden.

Tribonian förderte das Werk so, daß es bereits in drei Jahren fertig war, am 16. December 533 wurde es publicirt, am 30. December trat es in Kraft. Ueber die Art der Ausführung läßt sich aus den Verordnungen und dem Werke Folgendes entnehmen: Die Commission bestand aus vier Professoren, elf Advocaten und einem Beamten. Sie nahmen die Werke von neununddreißig Schriftstellern, etwa zweihundertundfünfzig Schriften mit drei Millionen Reihen (versus), und reducirten diese auf einhundertfünfzig tausend Reihen, also etwa ein Zwanzigstel. Unter den Schriftstellern sind drei noch aus der Republik, vierunddreißig aus der großen Zeit, zwei Nachzügler aus dem vierten Jahrhunderte. Für die Excerpirung schied man die gesammten Bücher nach dem Inhalte und der bisherigen Studienordnung in vier Klassen, Civilrecht, prätorisches Recht, Responsen und ähnliche praktische Schriften, und Werke gemischten und unbestimmten Charakters. Entsprechend wurde dann auch die Commission in vier Abtheilungen getheilt, jede excerpirte zunächst eine Klasse für sich, worauf dann in Generalsitzungen die vier Excerpt-Massen in Uebereinstimmung und Ordnung gebracht wurden. Die Wahl der Excerpte aus den einzelnen Schriften war sehr ungleich. Im civilen und prätorischen Rechte bilden die beiden Werke von Ulpian ad Sabinum und ad edictum die Grundlage, bei den Responsen die von Papinian. Man nennt die Massen danach bei uns Sabinus-, Edicts-, Papinians- und Postpapiniansmasse (S. E. P. pP.). Die Excerpte aus den beiden Werken von Ulpian bilden aber bei weitem das Meiste, fast ein Drittel des Ganzen.

Die Ordnung der Materien ist im ganzen die des prätorischen Edicts, jedoch mit manchen Abweichungen, und in den letzten vier Büchern ist ein Zusatz von Strafrecht und Staatsrecht, d. h. Appellation an den Kaiser, und Fiscal-, Militär-, Municipal- und Steuerrecht gemacht. Die Bücher sind in Titel mit Ueberschriften (rubricae) getheilt. In den Titeln sind die einzelnen Excerpte in der Regel nicht weiter systematisch geordnet, sondern einfach nach den vier durch die Excerpirung entstandenen Massen hinter einander gestellt, meistens die Masse voran, die gerade das Meiste enthielt, natürlich mit mancherlei einzelnen Abweichungen. Bei mehreren Excerpten über denselben Gegenstand legte man eines zu Grunde, und schaltete aus den andern nur einzelne Sätze oder selbst nur Worte ein. Bei jedem, auch dem kleinsten, Excerpte wurde aber der Name des Verfassers und Titel und Buchzahl der Schrift darüber gesetzt. Die Excerpte sind zwar im ganzen buchstäblich aufgenommen, jedoch mit vielen Auslassungen und Aenderungen einzelner Worte oder Sätze (s. g. interpolationes oder emblemata Triboniani). Man wollte nur praktisches Recht, dieses war aber in den alten Schriften vielfach mit dem antiquirten verbunden, man mußte daher die antiquirten Begriffe und Sätze weglassen oder durch neue ersetzen, z. B. mancipatio durch traditio, fiducia durch hypotheca u. a. Bei allen solchen Stellen tritt danach eine s. g. duplex interpretatio, d. h. ein alter und ein neuer Sinn, ein. Eigentliche Zusätze sind selten gemacht.

Der Werth des Ganzen muß, wenn man einen billigen Maßstab nach den damaligen Verhältnissen anlegt, ziemlich hoch gestellt werden. Die Aufgabe war außerordentlich schwierig, äußerlich wegen der Masse und Unbequemlichkeit der Bücher, innerlich wegen der vielen und großen Veränderungen, die im ganzen Rechte eingetreten waren. Die erste Schwierigkeit haben die Compilatoren gut überwunden, namentlich bei der kurzen Zeit, die sie brauchten, Lücken, Wiederholungen und Widersprüche sind verhältnißmäßig wenige vorhanden. Weniger gewachsen waren sie der zweiten Schwierigkeit, die Interpolationen sind oft recht oberflächlich und ungeschickt, doch war allerdings eine vollständige Lösung dieser Aufgabe kaum ohne eigentliche neue Codification des Rechts möglich.

Ueber die gesetzliche Kraft der Sammlung bestimmte Justinian, daß alles Aufgenommene vollständig gelten solle, wie wenn es sein eigenes Gesetz wäre, alles nicht Aufgenommene dagegen gar nicht mehr. In thörichter, aber nicht beispielloser, legislativer Verblendung verband er damit das Verbot, die alten Bücher mit seinen Pandekten noch zu vergleichen und wieder neue darüber zu schreiben. Das letztere wurde schon bei seinen Lebzeiten und von den Verfassern der Pandekten selbst überschritten, das erstere scheint man gründlicher befolgt und einfach durch Vertilgung der alten Bücher gesichert zu haben. Wenigstens läßt sich der absolute Mangel alles und jeden Ueberrestes derselben kaum anders erklären.

4) Die Institutionen. Das neue Gesetzbuch des codex iuris und legum machte eine neue Ordnung des ganzen Rechtsstudiums nöthig. Justinian hat darüber ein eigenes Gesetz erlassen. Dabei stellte sich heraus, daß für die Einleitung in das Studium ein anderes Buch als die alten Institutionen von Gajus, Ulpian u. s. w. nothwendig sei. Der Wissenschaft dieses zu überlassen, entsprach dem Geiste der Zeit nicht. Es mußte ein gesetzliches Institutionen-Compendium angefertigt werden. Tribonian bekam den Auftrag dazu schon während der Abfassung der Pandekten, und es war schon früher als diese fertig, schon am 21. November 533 wurde es publicirt. Zwei Professoren von Constantinopel und Beryt, Theophilus und Dorotheus, hatten es verfaßt. Sie hatten sich die Sache leicht gemacht. Sie legten den Gajus wörtlich zu Grunde, ließen aber das Veraltete und die historischen Ausführungen weg, oder machten kurze historische Einleitungen daraus, schalteten dagegen, damit es nicht gar zu kurz würde, Excerpte aus andern Schriften ein, und fügten auf Justinians besondern Befehl Zusätze über das neuere Constitutionenrecht hinzu. Das Ganze wurde in vier Bücher und diese in Titel getheilt, in diesen aber nicht, wie in den Pandekten, die ursprüngliche Quelle genannt, sondern alles zu einem einfachen Texte verbunden, wobei Justinian selber als redend fingirt wird. Das Werk bekam darum auch natürlich volle Gesetzeskraft, den Pandekten gleich.

5) Der neue Codex. Die Abfassung der Pandekten machte eine Revision des Codex nöthig. Die vielen durch die Pandekten veranlaßten Gesetze mußten ihm einverleibt, die alten in Inhalt und Ordnung den Pandekten angepaßt werden. Schon im Januar 534 bekam Tribonian den Auftrag, eine „repetita praelectio" des Codex zum Zwecke dieser Veränderungen zu veranstalten, am 11. November wurde er in der neuen Gestalt publicirt. Er enthält über 4600 Constitutionen, doch sind darunter 80 doppelt, und 500 sind durch Zerlegung von 200 größeren entstanden. Die größere Hälfte, über 2600, ist aus der Zeit vor Constantin, also aus der Rescriptszeit. Die älteste ist von Hadrian, aber nur eine, die übrigen vertheilen sich sehr ungleich, von den beiden Severen und Caracalla sind 880, Gordian 272, Diocletian 1222, von allen übrigen bis Constantin nur 280; aus der spätern Zeit sind von Constantin 208, den beiden Theodosen 567, Justinian 403. Die älteren bis Constantin sind wenig verändert, die spätern sind meistens sehr abgekürzt, in mehrere zerlegt, oft im Wortlaute ganz verändert, nur Justinians Gesetze sind meistens in ihrer ganzen Breite aufgenommen. Die ganze Masse ist in zwölf Bücher getheilt und diese in sehr viele kleine Titel mit Ueberschriften. In den Titeln stehen die einzelnen Constitutionen rein der Zeit nach, immer mit den alten In- und Subscriptionen. Die Ordnung ist im wesentlichen wie in den Pandekten, jedoch mit Abweichungen. Außerdem ist im ersten Buche das Kirchenrecht vorangestellt, in den beiden letzten das kaiserliche Finanz- und Verwaltungsrecht angefügt. Ueber 150 Constitutionen sind griechisch, die früheste von Septimius Severus. Diese sind später in Italien in den

Handschriften sämmtlich weggelassen, daher meistens ganz verloren, und erst seit dem sechzehnten Jahrhunderte aus den Basiliken und andern griechischen Quellen wieder zum Theil restituirt. Man nennt sie danach bei uns leges restitutae.

6) Die Novellen. Zwei so rührige Gesetzgeber wie Justinian und Tribonian blieben natürlich auch nach Vollendung der Sammlungen nicht unthätig, namentlich da alle schwierigen und zweifelhaften Rechtsfragen, die in der Praxis auftauchten, an den Kaiser zur Entscheidung berichtet werden mußten. Schon am 1. Januar 535 erschien die erste novella constitutio, *νεαρὰ διάταξις*, ein wichtiges Gesetz über Testamente, das, worin die Ausschließung der Falcidia erlaubt wurde. Ihr folgten in demselben Jahre noch gegen 30 andere, und so in den nächsten zehn Jahren bis zu Tribonians Tode (545) noch über 100, in den dann folgenden zwanzig Jahren bis zu Justinians Tode (565) kaum noch 20. Wie viel im ganzen, wissen wir nicht, wir kennen 166. Ihr Umfang ist sehr verschieden, manche haben nur Ein kurzes Capitel, andere 40 bis 50. Sie beziehen sich meistens auf Staatsverwaltung und Kirchenwesen, manche enthalten aber auch tief eingreifende privatrechtliche Bestimmungen, namentlich über Familien- und Erbrecht. Ihre Sprache ist meistens die griechische, nur 15 sind lateinisch, 3 in beiden Sprachen.

Gesammelt sind sie von Justinian selber nicht mehr. Auf uns gekommen sind drei Privatsammlungen:

a) die epitome Juliani, ein lateinischer Auszug aus 125 Novellen, von einem Professor in Constantinopel vom J. 556;

b) das authenticum oder der liber authenticarum, eine Sammlung von 134 Novellen, die lateinischen im Urtexte, die griechischen in lateinischer Uebersetzung, unbekannten Ursprungs, im zwölften Jahrhundert in Italien verbreitet;

c) die Sammlung der 168 Novellen, die aber mehrere doppelt, mehrere von Justinians Nachfolgern, und nur 153 wirklich Justinianische enthält, die griechischen im Urtexte, die lateinischen in griechischem Auszuge. Sie ist unter Justinians Nachfolgern angelegt, im byzantinischen Reiche allgemein benutzt, im Mittelalter nach Italien gebracht, und i. J. 1531 in Deutschland von Haloander zuerst herausgegeben.

d) Dazu kommen noch mehrere vereinzelt aufgefundene Novellen, namentlich die s. g. dreizehn edicta Justiniani.

Fünfter Abschnitt. Das byzantinische Kaiserthum. §. 37. Mit Justinian ist die eigentliche römische Rechtsgeschichte zu Ende. Das römische Recht hat in seinen Gesetzen und Gesetzbüchern eine Art Abschluß gefunden und die Form erhalten, in der es auf die Nachwelt übergegangen ist. Das byzantinische Reich dauerte zwar noch beinahe neunhundert Jahre fort, allein es ist kein römisches Reich mehr, sondern ein griechisches, wenn auch einzelne Theile von Italien und namentlich die Stadt Rom noch längere Zeit damit verbunden blieben. Das Recht[1]) wurde zwar noch weiter gebildet, aber nicht mehr in der römischen universalen Richtung, vielmehr schrumpft das universale römische Recht jetzt allmählig wieder zu einem nationalen zusammen, und zwar einem von so kläglicher Nationalität, wie die byzantinisch-griechische. Die spätere Gesetzgebung[2]) hat daher für das römische Recht als Weltrecht keine Bedeutung mehr, das ganze Interesse

---

[1]) Zachariae, historia iuris graeco-romani, 1839. Montreuil, histoire du droit byzantin. 3 vol. 1843.

[2]) Gesammelt in: Zachariae, novellae constitutiones imperatorum post Justinianum. 1857. (3. Bd. des ius graeco-romanum).

der byzantinischen Rechtsgeschichte knüpft sich für das römische Recht nur noch an die weiteren Schicksale der Justinianischen Gesetzbücher.

Das Wichtigste dabei sind die wissenschaftlichen Arbeiten des sechsten Jahrhunderts. Jedes neue Gesetzbuch reizt zu wissenschaftlichen Arbeiten darüber. So den obersten Schaum abzuschöpfen, ist nicht mühevoll und doch belohnend. Hier kam dazu, daß schon die Uebertragung ins Griechische ein Verdienst war und ein Bedürfniß für den Unterricht und die Praxis. Wir sehen daher, daß schon von den vier Professoren, die bei der Abfassung der Gesetzbücher mitgewirkt hatten, wenigstens drei sofort griechische Arbeiten darüber schrieben. Theophilus schrieb eine Paraphrase der Institutionen, d. h. eine genau dem Texte folgende Umschreibung mit Beispielen und historischen Erklärungen, die aber trotz des reichen Materials, das ihm zu Gebote stand, von geringem Werthe und nicht einmal zuverlässig sind.[1]) Dorotheus schrieb eine Paraphrase zu den Pandekten, die sich aber noch enger an den Text anschloß, meistens fast wörtliche Uebersetzung war. Anatolius machte einen Auszug aus dem Codex, vollständig und genau für jede Stelle. Neben und nach ihnen schrieben auch andere Professoren von Constantinopel und Berytt Uebersetzungen, Umschreibungen, Auszüge, Uebersichten, auch wohl Anmerkungen und Erklärungen und selbst Monographien. Die wichtigsten Werke darunter sind die von Stephanos und Julianus zu den Pandekten, von Thaleläus zum Codex. Auf uns gekommen ist von allen diesen Werken, außer Theophilus, keines vollständig, sondern nur Excerpte daraus in den späteren Schriften, namentlich den Basiliken und ihren Scholien. Für die Kritik des Textes der Pandekten und des Codex sind sie sehr wichtig, für die Interpretation weniger. Ihre Wissenschaft ist sehr äußerlich. Auch bei den Verfassern der Pandekten und des Codex sucht man nach Andeutungen über die Motive der Aufnahme oder Interpolation der einzelnen Stellen oder über die damalige Praxis vergebens, ebenso ist von Benutzung der älteren Bücher keine Spur, man scheint Justinians Verbot nur gar zu gern befolgt zu haben.

Die ganze Thätigkeit hörte auch bald wieder auf. Vom siebenten bis neunten Jahrhundert wissen wir fast gar nichts mehr, die gesetzliche *ἐκλογὴ τῶν νόμων* von Leo Isaurius (740) ist nur wegen ihrer Aenderungen des alten Rechts zu erwähnen.[2]) Erst am Ende des neunten Jahrhunderts wurde durch den Kaiser Basilius Macedo und seinen Sohn Leo Philosophus eine neue Thätigkeit angeregt. Justinians Gesetzbücher konnten selbst in ihren griechischen Bearbeitungen nicht mehr von der Praxis bewältigt werden. Basilius unternahm daher eine Vereinigung zu einem Ganzen unter Weglassung des Veralteten und Abkürzung des noch Geltenden. Erst Leo vollendete das Werk und publicirte es unter dem Namen *τὰ βασιλικὰ (νόμιμα)*. Es ist einfach aus den griechischen Werken der Justinianischen Juristen zusammengesetzt, sechzig Bücher, in Titel getheilt, in jedem Titel die aufgenommenen Stellen der Gesetzbücher und Novellen hintereinander, in der alten Reihenfolge, aber ohne In- und Subscriptionen. Das System ist im ganzen das des Codex, aber mit Abänderungen. Das Werk ist größtentheils, aber doch nicht vollständig, auf uns gekommen.[3]) Eine Art gesetzlicher Institutionen dazu ist das *πρόχειρον* von Basilius,[4]) revidirt von Leo unter dem Titel *ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου*.[5])

---

[1]) Beste Ausgabe von Reitz, 1751.
[2]) Ausgabe in: Zachariae, collectio librorum iuris graeco-romani, 1852.
[3]) Aeltere Ausgabe von Fabrot in 7 Bänden, 1647, neuere von Heimbach in 5 Bänden, 1833—1850.
[4]) Ausgabe: Zachariae, ὁ πρόχειρος νόμος, 1837.
[5]) Ausgabe in: Zachariae, collectio librorum iuris graeco-romani, 1852.

Das neue Gesetzbuch rief auch wieder eine neue Wissenschaft hervor. Schon Leo's Sohn, Constantinus Porphyrogenetus, ließ einen officiellen Commentar zu den Basiliken aus den sämmtlichen Schriften der Justinianischen Juristen zusammenschreiben. Nach ihm kommt dann im zehnten bis dreizehnten Jahrhundert eine ganze Reihe von Auszügen, Uebersichten, Registern und auch neuen Anmerkungen (*σχόλια*) zu den Basiliken, unter verschiedenen Namen, *σύνοψις, ἐπίτομος, ἐκλογή, πρόχειρον, πεῖρα* u. a.,[1]) eine *σύνοψις* sogar in Versen, von Psellus für den Kaiser Michael Ducas (1071—78). Wissenschaftlichen Werth hat keines dieser Werke, sie haben für uns nur als Ueberlieferungen der Basiliken und der Schriften der Justinianischen Juristen eine Bedeutung.

Den Schluß macht der s. g. *ἑξάβιβλος*, d. h. ein *πρόχειρον νόμων* in sechs Büchern, von Const. Harmenopulos, einem Richter in Thessalonich, vom J. 1345,[2]) ein kläglicher Auszug aus den Auszügen der Auszüge, der aber in der türkischen Zeit der einzige Ueberrest des großen römischen Rechts blieb, und im Königreiche Griechenland im J. 1835 eigentliche Gesetzeskraft erhalten hat.[3])

Sechster Abschnitt. Das römische Recht im Mittelalter.[4]) I. Das römische Recht bei den Germanen.[5]) §. 38. Dem senilen Marasmus gegenüber, in den das römische Recht im Oriente versank, steht im Occident die eigenthümliche Erscheinung einer Wiederverjüngung und vollständigen Neubelebung desselben. Der Umsturz des römischen Reichs durch die germanischen Völker hätte hier leicht die vollständige Verdrängung des römischen Rechts nach sich ziehen können. In England und Deutschland wurde auch mit der römischen Herrschaft zugleich die römische Bevölkerung und Cultur und damit auch das römische Recht vollständig weggefegt. In Italien, Frankreich und Spanien dagegen, wo die gesammte vorhandene Bevölkerung römisch war, war eine vollständige Vertreibung, Vernichtung oder auch nur Unterdrückung den Umständen nach nicht wohl möglich. Die Eroberer begnügten sich mit der Oberherrschaft und der Abtretung eines Theiles vom Grund und Boden, ließen aber übrigens, namentlich in den Städten, die römische Bevölkerung in ihren alten Zuständen und mit ihrem alten Rechte fortbestehen. Der Gedanke, ihr germanisches Recht den Römern aufzuzwingen, konnte ihnen nicht leicht kommen, theils weil es so verfeinerten Zuständen nicht gewachsen war, theils weil sie, wie früher auch die Römer, das Princip der Persönlichkeit des Rechts hatten, ihr Recht also nur für ihre Stammesgenossen galt. So bestanden daher römisches und germanisches Recht als persönliche Rechte neben einander, bis beide sich vermischten. Das römische galt als persönliches Recht auch für die gesammte Kirche, da diese bald begann, sich als abstracte Einheit über allen Nationalitäten zu concentriren, und in Rom ihren Mittelpunkt zu sehen.

Im einzelnen gestaltete sich die Fortdauer des römischen Rechts bei den einzelnen Völkern natürlich verschieden:

1) bei den Westgothen, die schon im Anfange des fünften Jahrhunderts ihr Reich in Südfrankreich und Spanien gegründet hatten, wurde noch nach hundert Jahren ein eigenes

---

[1]) Sammlungen: Ius graeco-romanum, ed. Leunclavius, 1596. Ius graeco-romanum, ed. Zachariae, 4 Bde. 1856—1865. *Ἀνέκδοτα*, ed. Heimbach. 2 Bde. 1838—1840.

[2]) Const. Harmenopuli manuale legum ed. Heimbach, 1851.

[3]) Geib, Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland, 1835.

[4]) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7 Bde., 2. Aufl., 1834—51.

[5]) Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Bd. 1. v. Bethmann-Hollweg, der germanisch-romanische Civilproceß im Mittelalter, Bd. 1: die Staaten der Völkerwanderung.

römisches Gesetzbuch für die Römer gemacht. Schon 466 soll König Eurich über das gothische Recht schriftliche Gesetze erlassen haben. Sein Sohn Alarich II. ließ im J. 506, also noch vor Justinian, auch für die Römer in seinem Reiche ein Gesetzbuch aus römischen Rechtsquellen anfertigen, das s. g. breviarium Alaricianum. Es besteht der damaligen Unterscheidung gemäß aus ius und leges. Das ius sind die Institutionen des Gajus, aber umgearbeitet und auf zwei Bücher reducirt, die sententiae receptae von Paulus, diese wörtlich, aber mit vielen Auslassungen, und eine Stelle von Papinian. Die leges sind die drei codices Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus und die Theodosischen Novellen, alles wörtlich, aber mit großen Auslassungen. Dem Ganzen, mit Ausnahme des Gajus, wurde eine officielle, aber ziemlich werthlose, „interpretatio" beigefügt.[1]) Das Werk ist allerdings eine dürftige und rohe Zusammenstellung, ohne Einsicht in die nothwendigen legislativen Vorarbeiten. Allein es entsprach den damaligen Bedürfnissen und Kräften, gewann daher weite Verbreitung und hat nicht wenig zur Erhaltung des römischen Rechts im Mittelalter beigetragen. In Spanien wurde es zwar im siebenten Jahrhundert durch die neue lex Visigothorum, die das römische und gothische Recht vereinigte, aufgehoben, in Südfrankreich blieb es aber unter der fränkischen Herrschaft, wurde auch im Norden verbreitet, und ist erst im zwölften Jahrhunderte durch die Justinianischen Gesetzbücher verdrängt. Noch im achten und neunten Jahrhunderte wurden in Frankreich eine Menge Auszüge daraus gemacht, auch im nördlichen Frankreich, von denen noch sieben handschriftlich auf uns gekommen sind. Von Frankreich kam es auch nach Deutschland und selbst nach England, und ist bis zum elften Jahrhunderte fast bei allen Benutzungen des römischen Rechts, die sich in Frankreich, Deutschland und England in Gesetzen, Sammlungen und Schriften finden, die allgemeine Quelle. Eine eigenthümliche freie Bearbeitung und Vermischung mit germanischem Rechte wurde im Anfange des neunten Jahrhunderts in Graubündten, (welches früher völlig romanisirt war, aber später viele germanische, namentlich alemannische, Einwanderer erhalten hatte), in Chur gemacht. Man nennt dies die lex romana Curiensis oder auch Utinensis, weil die erste Handschrift davon in Udine gefunden ist.[2])

2) Auch bei den **Burgundern**, die ihr Reich an der Rhone erst in der Mitte des fünften Jahrhunderts gegründet hatten, sind in den beiden ersten Jahrzehnten des sechsten Jahrhunderts zwei Gesetzbücher gemacht, ein burgundisches und ein römisches. Das erste war eigentlich eine Sammlung früherer Gesetze und galt für Burgunder und Römer, enthält auch schon einiges römische Recht, das zweite war nur für die Römer untereinander. Es ist aus denselben Quellen entnommen, wie das Breviarium, hat jedoch diese selbst neben dem Breviar vor sich gehabt. Die Quellen sind nicht wörtlich aufgenommen, sondern in einen selbstständigen neuen Text verarbeitet, in leidlich guter Sprache. Es umfaßt Privat- und Strafrecht und Proceß, aber dürftig in siebenundvierzig kurzen Titeln, etwa dreißig Octavseiten. Die Ordnung ist dieselbe wie im burgundischen Gesetzbuche, d. h. ohne alles Princip, weder systematisch noch chronologisch.[3]) Nach der Eroberung des Reiches durch die Franken (534) wurde das Gesetzbuch allmählig durch das Breviar verdrängt. Doch wurde es in den Handschriften noch mehrfach mit ihm verbunden. Daraus ist im neunten Jahrhunderte der sonderbare Irrthum entstanden, als ob es nur die Fortsetzung der kurzen Stelle aus Papinians Responsen wäre, die den

[1]) Ausgabe: Lex romana Visigothorum, ed. Haenel, 1847.
[2]) Ausgabe in Hänels Lex Visigothorum.
[3]) Ausgabe: Lex Romana Burgundionum, ed. Barkow, 1826.

Schluß des Breviars bildete. Man nannte es daher Papian, als Abkürzung von Papinian, ein Name, der sich trotz seiner Sinnlosigkeit bis in die Gegenwart erhalten hat.

3) Im fränkischen Reiche im nördlichen Frankreich ist zwar kein eigenes Gesetzbuch für die Römer gemacht, indessen blieb das römische Recht als persönliches Recht der römischen Bevölkerung auch hier in Geltung. Es trug dazu namentlich das Westgothische Breviar bei, das vom sechsten bis zehnten Jahrhundert die allgemeine Quelle war. Doch erlangte dasselbe hier nie eine eigentlich gesetzliche Geltung, auch scheint die römische Bevölkerung hier geringer als im Süden geblieben zu sein. Darauf beruht es, daß die germanischen Gewohnheitsrechte hier das Uebergewicht bekamen, und man den Norden und Süden später unterschied als pays du droit coutumier und du droit écrit.

4) In Italien konnte natürlich die kurze Herrschaft Odoakers (476—493) das römische Recht nicht verdrängen. Allein auch Theoderich dachte bei der Gründung seines ostgothischen Reiches (493) nicht daran. Er sah sich vielmehr als eine Art Vasall des oströmischen Kaisers Athanasius an, und sein Reich als eine Wiederherstellung des weströmischen Reiches. Er suchte daher die römische Cultur und das römische Recht möglichst auf seine Gothen zu übertragen. Im Jahr 500 erließ er ein Edict von 154 Artikeln, worin die Hauptsätze des Privat- und Strafrechts aus Paulus sententiae und den drei Codices zusammengestellt waren.[1]) Es war für Römer und Gothen gleichmäßig bestimmt, sollte aber nur ein kurzer Anhalt für die Richter sein, ohne die sonstigen römischen Gesetze aufzuheben. Daß daneben die Gothen ihr altes Recht in manchen Dingen behielten, versteht sich von selbst. Mit der Eroberung Italiens durch Justinian fiel das Edict natürlich von selber weg, und die Justinianischen Gesetzbücher wurden auch in Italien eingeführt.

5) Die Longobarden werden bei ihrem Einbrechen in Italien (568) als ganz besonders wild, grausam und zerstörungssüchtig geschildert. Sie scheinen anfangs alles, was Tod und Flucht von römischer Bevölkerung übrig gelassen hatten, in einen Zustand von Unfreiheit gesetzt und schlechthin dem longobardischen Rechte unterworfen zu haben, ohne alle Anerkennung des römischen Rechts als persönlichen. Indessen besaßen sie anfangs ja nur den nördlichen Theil von Italien. Bei der späteren Ausdehnung ihrer Herrschaft trat von selbst eine Milderung ein, sie ließen das römische Recht wie andere als persönliches gelten und es trat sogar bald ein Einfluß desselben auf die longobardischen Gesetze selber hervor. Nach der Zerstörung ihres Reiches durch Carl den Großen (774) wurde die persönliche Geltung fest und allgemein anerkannt.

6) Ecclesia vivit lege romana, ist ein Satz, den die Kirche schon früh in den germanischen Reichen geltend machte, und den sie vom siebenten Jahrhunderte an, wo nach der Beseitigung des Arianismus der westlichen Länder die päpstliche Oberherrschaft allgemein wurde, immer fester ausbildete. Er hatte im Principe der Persönlichkeit des Rechts seine natürliche Grundlage, da der Clerus ein abstractes Volk und die Kirche einen abstracten Staat bildeten, die sich durch alle wirklichen Völker und Staaten hindurchzogen und ihren Ursprung aus dem alten römischen Reiche ableiteten. Daher findet sich das römische Recht in den kirchenrechtlichen Schriften, Entscheidungen, Bestimmungen und Sammlungen aller Zeiten stets als unzweifelhaft geltend vorausgesetzt. Die Hauptquelle wurde anfangs auch hier das Breviarium, doch werden seit dem neunten Jahrhunderte auch Justinians Institutionen, Codex und Novellen, diese in Julians Epitome, benutzt, erst

[1]) Ausgabe: Rhon, commentatio ad edictum Theodorici, 1816.

im elften jedoch auch die Pandekten. Das Nähere darüber gehört in die Geschichte des Kirchenrechts.

II. Die Glossatoren. §. 39. Mit der s. g. Wiederherstellung des römischen Reiches durch Carl den Großen war eine Wiederherstellung des römischen Rechts als allgemeinen Reichsrechtes in keiner Weise verbunden, auch nicht für Italien. Das Princip der persönlichen Rechte blieb unverändert. Aber die Oberherrschaft des longobardischen Stammes in Italien war doch damit für immer gebrochen. Seine Verschmelzung mit der römischen Bevölkerung und die Bildung der allgemeinen italienischen Nationalität vollzog sich nun rasch, und damit war der Boden für eine natürliche Gestaltung des Rechtslebens geebnet. Diese mußte aber hier nothwendig wieder zur Oberherrschaft des römischen Rechts führen. In den Gebieten, die die Longobarden sich erst spät oder gar nicht unterworfen hatten, wie namentlich in Rom und Ravenna, war das römische Recht überhaupt stets das herrschende geblieben, ebenso bei der Kirche. Dies wurde jetzt gesichert, und dem römischen Rechte hier allmählig wieder eine territoriale Geltung beigelegt. In den eigentlich longobardischen Gegenden blieb das longobardische Recht zwar zunächst das herrschende, und fand sogar schon im zehnten und elften Jahrhundert eine wissenschaftliche Pflege, in Pavia entstand eine eigentliche longobardische Rechtsschule mit Unterricht und Schriftstellerei, allein gerade diese theoretische Behandlung des longobardischen Rechts führte dahin, daß man das römische Recht bald als das abstractere und reichhaltigere erkannte, es mit dem longobardischen in Verbindung setzte, und unwillkürlich als das allgemeinere in subsidium zur Aushülfe brauchte. Schon im elften Jahrhunderte bezeichnen es die lombardischen Juristen selber als die generalis lex omnium. Bei der Entwickelung des italienischen Städtelebens im elften Jahrhunderte dehnte sich dieses weiter aus. Kein Wunder daher, daß, als im Anfange des zwölften Jahrhunderts ein bedeutender Mann als selbstständiger Lehrer des römischen Rechts auftrat und eine eigene Schule dafür gründete, dieses sofort allgemeinen Anklang fand, das römische Recht auf einmal als das allgemein geltende erscheint und sein Studium und Unterricht rasch eine weite Ausdehnung und tief gehende Bedeutung erlangt. Dieser Mann war Irnerius in Bologna, der Gründer der s. g. Glossatorenschule, ein Mann, von dessen Leben wir fast gar nichts wissen, an dessen Namen aber die spätere literarische Sage die ganze Wiederbelebung des römischen Rechts, die Auffindung der Pandekten, die Einführung des römischen Rechts in die Praxis und die Begründung des Rechtsunterrichts geknüpft hat. Alles Dreies ist nicht wahr, das römische Recht galt schon vorher, die Pandekten waren schon vor Irnerius da, und Rechtsunterricht gab es auch schon vor ihm in Rom, Ravenna und selbst in Bologna, außerdem auch in Südfrankreich. Verschiedene juristische Arbeiten aus dem zehnten und elften Jahrhundert, die man aufgefunden hat,[1] beweisen dies. Allein das eigentliche Studium der Pandekten als der Grundlage des römischen Rechts, ihre vollständige Verbindung mit den übrigen Theilen, und damit die Begründung des tieferen und umfassenderen Studiums des römischen Rechts datirt allerdings von Irnerius.

Von seinen unmittelbaren Schülern wissen wir nichts, von der Mitte des zwölften Jahrhunderts an beginnt aber eine nicht mehr unterbrochene Reihe von Rechtslehrern, die sich über ganz Italien vertheilen, eine Menge Rechtsschulen gründen und die Grundlage der modernen Wissenschaft des römischen Rechts bilden, die sich von da über ganz Europa verbreitet hat. Man nennt diese Rechtslehrer bis zur Mitte des dreizehnten Jahr-

---

[1]) Ein Verzeichniß derselben s. in Rudorff's Rechtsgeschichte, Bd. 1, §. 116.

hunderts die Glossatoren, weil ihre Wissenschaft anfangs hauptsächlich in kurzen Glossen, d. h. Wort= und Sacherklärungen, zu den römischen Rechtsbüchern bestand. Ausgezeichnet sind sie durch ihre frische und naive praktische Auffassung des römischen Rechts. Historische, philologische und philosophische Anschauungen und Kenntnisse fehlen ihnen vollständig, aber mit gesundem praktischem Takte erfassen sie die römischen Aussprüche, vergleichen, combiniren sie, lösen die Widersprüche, abstrahiren allgemeinere Sätze und Begriffe daraus, und vollziehen so die erste Reception des römischen Rechts in das moderne Bewußtsein in einer Weise, daß ihre Arbeiten noch jetzt von Werth sind. Als Schluß der Glossatorenschule gilt Fr. Accursius (1182—1260) in Bologna. Dieser setzte aus der gesammten bisherigen Literatur einen vollständigen Commentar zu allen vier Justinianischen Rechtsbüchern zusammen, der unter dem Titel glossa ordinaria von da an allgemeine Verbreitung fand, und einen solchen Einfluß in der Praxis erlangte, daß alle Stellen, auf die er sich nicht erstreckt, nicht zur Anwendung gebracht wurden (quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia). Es sind das aber in Pandekten und Codex nur solche Stellen, die in den damaligen Handschriften fehlten, namentlich die leges restitutae im Codex, von den Novellen dagegen eine ganze Menge (71), aber ohne eigentliches Princip.

§. 40. Der Zustand der Handschriften des Justinianischen Rechts, die den Glossatoren zu Gebote standen, und auf denen im wesentlichen auch noch unsere heutige Kenntniß desselben beruht, war ein sehr mangelhafter. Von einer Vereinigung der vier Theile zu einem Ganzen, s. g. corpus iuris, war noch keine Rede, sondern die einzelnen Theile waren völlig getrennt überliefert. Von den Institutionen hatte man keine einzige alte Handschrift aus der Justinianischen Zeit, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit. Keine derselben reichte aber über das neunte Jahrhundert zurück. Von den Pandekten existirte in Pisa eine vollständige Handschrift aus der byzantinischen Zeit, spätestens dem siebenten Jahrhundert, die jetzt in Florenz ist, und danach die Florentina genannt wird. Indessen leiten die Glossatoren ihren Text nicht aus dieser ab, sondern setzen ihn als littera vulgata in einen Gegensatz zu der littera Pisana. Woher ihr Text stammt, ist zweifelhaft. Daß sie noch eine andere alte Handschrift gehabt haben, sagen sie nicht und ist auch nicht wahrscheinlich. Man kann nur annehmen, daß ihrem Texte eine andere Handschrift zu Grunde liegt, die aus der Pisaner abgeschrieben, aber allerdings nach einer andern alten corrigirt war. Aus diesen beiden Elementen sind alle späteren Handschriften hervorgegangen, ihre weiteren Verschiedenheiten beruhen daher nur auf Corruptionen oder Conjecturen. Das Urexemplar des Glossatorentextes scheint übrigens defect gewesen und vom fünfunddreißigsten Buche an erst aus der Pisaner Handschrift ergänzt zu sein. Darauf beruht die sinnlose Eintheilung der Pandekten in drei Theile, die sich in allen Vulgat=Handschriften findet, und selbst in den Ausgaben bis ins siebzehnte Jahrhundert beibehalten ist, mit der Benennung Digestum vetus, infortiatum und novum. Der mittlere Theil, der von Buch 24 Titel 3 bis zum Schlusse von Buch 38 ging, wurde infortiatum genannt, weil er durch den Zusatz von Buch 35 bis 38 verstärkt war. Die Theilung wie die Vervollständigung ist schon vor Irnerius geschehen. Vom Codex hatte man wieder keine alte byzantinische Handschrift, sondern nur verschiedene Abschriften aus der Zwischenzeit, in denen eben darum die griechischen Constitutionen fehlten, und meistens auch die drei letzten Bücher. Eine alte byzantinische Handschrift des Codex ist erst in neuerer Zeit, im J. 1817, in einem codex rescriptus in Verona, und auch nur zu einem Theile, gefunden. Bei den Novellen kannte schon Irnerius den

2.

Geschichte und Quellen

des

kanonischen Rechts.

Von

Prof. Dr. Paul Hinschius
in Kiel.

I. Quellen des kanonischen Rechts im Mittelalter.

A. Allgemeine Charakteristik. Die Geschichte der Entstehung und Entwickelung des kanonischen Rechts im weiteren Sinne, d. h. der auf dem Boden der Kirche erwachsenen und durch kirchliche Organe geschaffenen Rechtsnormen weist dieselben Phasen wie die Entwickelung der Verfassung der katholischen Kirche überhaupt auf. Die diese bestimmenden Momente, namentlich die Ausbildung der gesetzgeberischen Organe und ihrer Befugnisse darzulegen, ist hier nicht der Ort, wohl aber muß hervorgehoben werden, daß die im Laufe der Zeit auftauchenden Beurkundungen des auf dem Boden der Kirche entstandenen Rechts den allgemeinen Charakter jener Entwickelung abspiegeln. In den ersten Jahrhunderten der christlichen Kirche sind es die Synoden für bestimmte Gebiete, welche die Rechtsnormen fixiren, und wenn unter diesen auch einzelne Synoden namentlich wegen ihrer hervorragenden dogmatischen Wichtigkeit (wie die zu Nikäa im J. 325; Constantinopel von 381; Ephesus von 431 und Chalcedon 451) das Ansehen allgemeiner, die ganze Kirche bindender Concilien erlangt haben, so ruhte doch der Schwerpunkt der Rechtsbildung und der Fixirung der sich entwickelnden Gestaltungen in den einzelnen Kreisen der Kirche noch nicht in einem nach allen Seiten hin die wichtigsten Impulse gebenden Mittelpunkt. Allerdings haben schon seit dem Anfang des fünften Jahrhunderts römische Bischöfe, wie Innocenz I. (402—417) und Leo I. (440—461), das Recht für den römischen Stuhl in Anspruch genommen, das äußere Leben der Kirche zu ordnen, aber vorerst hat dieser Anspruch, wie viele andere, für den größten Theil der damaligen christlichen Welt nur den Charakter einer idealen Prätension gehabt, und sowohl im römischen Kaiserreiche, wie auch bei den germanischen Nationen, namentlich der fränkischen, haben die Herrscher nicht nur die Synoden einberufen und ihre Beschlüsse bestätigt, sondern auch selbst — wenn freilich unter Mitwirkung der Geistlichkeit — geradezu durch ihre Gesetze das Recht der Kirche bestimmt. Hieraus erklärt es sich zur Genüge, daß die römischen Rechtsbücher (wie z. B. der Codex Theodosianus und Codex Justinianeus), die germanischen leges barbarorum und die fränkischen Capitularien eine Reihe kirchenrechtlicher Vorschriften enthalten, daß aber andererseits weder im römischen Reich noch in den ersten Zeiten des Mittelalters ein die ganze Kirche bindendes Gesetzbuch oder auch nur eine officielle Rechtssammlung für dieselbe hat entstehen können. Erst als die päpstliche Macht ihren Gipfelpunkt erreicht und jene im fünften Jahrhundert in Anspruch genommene Gesetzgebungsgewalt eine volle Wahrheit geworden war, hat der Gedanke, einen Theil der kirchlichen Normen, namentlich die päpstlichen Erlasse (Decretalen) in authentischen Collectionen zusammenzustellen, sich geltend gemacht. Der ersten, auf Befehl Innocenz' III. (1198—1216) von Petrus Collivacinus angefertigten Sammlung sind während des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts noch mehrere gefolgt, von denen die drei später zu erwähnenden Bestandtheile des Corpus iuris canonici geworden sind. Alle diese berücksichtigen fast ausschließlich das jeweilige Decretalen-Material ihrer Urheber oder der unmittelbaren Vor-

gänger derselben. Der frühere, im Laufe von Jahrhunderten festgestellte kirchliche Rechtsstoff ist dagegen nie officiell gesichtet und nie in einer authentischen Collection vereinigt worden, theils weil jener Zeit der Gedanke an eine einheitliche, umfassende Codification des geltenden Rechts noch fremd war, theils aber auch weil nach den damaligen Anschauungen eine der vielen inzwischen entstandenen Privatsammlungen, das decretum Gratiani, den Bedürfnissen des praktischen Lebens wie der Schule vollkommene Rechnung trug. Sie hat durch ihr Ansehen den Gebrauch der früheren Collectionen ähnlichen Charakters verdrängt und an sie haben sich die jüngeren, das Corpus iuris canonici bildenden Sammlungen angeschlossen. Daß man später unter der großen Anzahl von Rechtszusammenstellungen nur auf die durch ihr inneres Ansehen oder durch gesetzgeberische Bestimmung ausgezeichneten recurrirte, lag auf der Hand. Weil sie demnach allein für die Kunde des kanonischen Rechtes von Wichtigkeit blieben, verengerte sich der Begriff desselben gegen früher insofern, als man seitdem unter dem kanonischen Rechte das in einem traditionell bestimmten Kreise von Rechtsbüchern, d. h. dem Corpus iuris canonici, enthaltene Recht verstand. Materiell ist damit indessen keine erhebliche Verschiedenheit gegen früher eingetreten, denn über jede auf dem Boden der Kirche nur einigermaßen bedeutsam gewordene Gestaltung gibt das in jenem engeren Kreise von Sammlungen niedergelegte Material noch genügende Auskunft. Auch gegenüber dem Begriff: „Kirchenrecht“ (d. h. der Gesammtheit der das Leben der Kirche, als einer äußeren Anstalt, regelnden Normen) ist dadurch nichts geändert, insofern das kanonische Recht in jenem früheren ebenso wie noch in dem neueren Sinne eine Reihe von Satzungen umfaßt, welche nicht die Kirche als solche betreffen, sondern Verhältnisse anderer Art, wie z. B. civil-, strafrechtlicher und processualischer Natur, regeln. Dagegen kann die gesammte spätere Rechtsentwickelung seit Abschluß des Corpus iuris canonici nicht mehr unter den in der gedachten Weise fixirten Begriff des kanonischen Rechts subsumirt werden. Und in der That ist auch der materielle Charakter dieser neueren Rechtsnormen — es gehören hierher vor allem die Reformvorschriften des Trienter Concils (1545—1563) — ein anderer; diese beziehen sich bei der Zurückdrängung der mittelalterlichen Uebergriffe der geistlichen Gewalt durch das seit dem dreizehnten und vierzehnten Jahrhundert erwachte staatliche Bewußtsein fast ausschließlich auf rein kirchliche Angelegenheiten, berühren also solche Verhältnisse, welche nur dem Gebiete des kanonischen, nicht dem des Kirchenrechtes angehören, so gut wie gar nicht.

Was im einzelnen die älteren Sammlungen betrifft, welche sich den Zweck gesetzt haben, das kanonische und kirchliche Recht zu überliefern — Quellen, welche nur beiläufig kirchliche Rechtsnormen enthalten, wie die oben erwähnten römischen Gesetzbücher und die germanischen leges barbarorum, kommen hier nicht in Betracht — so nehmen sie, abgesehen von ihrer Bedeutung als wichtigste Erkenntnißquellen der kanonischen Rechtsentwickelung, auch gerade für die Geschichte der Quellen selbst das Interesse noch besonders in Anspruch, weil sie die Kanäle gewesen sind, durch welche die für die verschiedensten kirchlichen Kreise und in den verschiedensten Zeiten entstandenen Rechtssätze in den ersten Theil des Corpus iuris canonici, das Decret Gratians, geleitet worden sind. Zum geringsten Theile hat der Verfasser des letzteren aus den Originalacten der Concilien, den Originalbriefen der Päpste u. s. w. geschöpft, vielmehr das in den Collectionen seiner Vorgänger längst verarbeitete Material benutzt, so daß seine Arbeit gewissermaßen den Niederschlag aus allen früheren, nur einigermaßen bedeutenden Sammlungen enthält.

B. Die Quellen bis zum Corpus iuris canonici. Die ältesten, sicheren Quellen des kirchlichen Rechts sind die Beschlüsse der im Morgenlande während des vierten und fünften Jahrhunderts abgehaltenen allgemeinen und particulären Synoden. Schon

früh (wohl vor 451) sind die Beschlüsse einzelner derselben zusammengestellt worden und die älteste derartige, im Oriente entstandene, nicht überlieferte Sammlung hat höchst wahrscheinlich die Synoden von Nikäa (325); Ancyra (314); Neocäsarea (314) und Gangra (zwischen 325 und 370) umfaßt. Durch Hinzufügung der Schlüsse anderer Concilien derselben Zeit, wie der von Antiochien (341), von Laodicea (zwischen 343 und 381), Constantinopel (381) und Chalcedon (451) sind weitere, aber ebenfalls verlorene Collectionen entstanden. Im Abendlande waren dagegen zunächst nur die Canonen der Synode von Nikäa in verschiedenen lateinischen Uebersetzungen und die mit ihnen schon früh vereinigten Schlüsse der Synode von Sardika (343) (im lateinischen Originaltext) im Umlauf. Später fanden aber auch die Bestimmungen der übrigen orientalischen Concilien Aufnahme und unter den verschiedenen Uebersetzungen und Sammlungen, in denen dies geschah, lassen sich zwei, wohl in Italien verfaßte und im sechsten Jahrhunderte in Gebrauch befindliche Versionen, die s. g. prisca translatio und die s. g. versio Isidoriana oder Hispana unterscheiden. Die letztere, benannt nach der später zu erwähnenden collectio Hispana oder Isidoriana, umfaßte in ihrem vollen, allmählig erst erweiterten Umfange die Canonen der Synoden von Nikäa, Ancyra, Neocäsarea, Gangra, Sardika (diese im lateinischen Original), von Antiochien, Laodicea, Constantinopel und Chalcedon, während die erstere die Synoden von Ancyra, Neocäsarea, Nikäa, Gangra, Constantinopel und Chalcedon in sich begriff.

Neben diesen planlosen Sammlungen existirten zwei weitere Collectionen, deren Bezeichnungen: „διδασκαλία τῶν ἀποστόλων“ (constitutiones apostolorum) und „κανόνες τῶν ἀποστόλων“ (canones apostolorum), zwar auf ein hohes Alter und auf eine hohe Autorität schließen lassen, die aber beide zweifellos apokryph sind. Die constitutiones apostolorum, ein umfassendes, didaktisches Werk mit Vorschriften moralischen, liturgischen und rechtlichen Inhalts in griechischer Sprache, dessen erste sechs Bücher in Syrien Ende des dritten, dessen letzte beiden im vierten Jahrhundert verfaßt sind, wurden schon im Orient auf der Trullanischen Synode von 692 als unecht verworfen und haben im Abendlande nie Anerkennung gefunden. Die canones apostolorum, eine Zusammenstellung von kurzen Rechtssätzen, ursprünglich fünfzig, später fünfundachtzig an Zahl, stammen ebenfalls erst aus dem Ende des vierten Jahrhunderts und entlehnen ihren Stoff namentlich aus den eben erwähnten Constitutionen und dem Concil von Antiochien. Sie sind dem achten Buche der Constitutionen als Schlußcapitel im sechsten Jahrhundert beigefügt worden, und wenngleich sie von der abendländischen Kirche im Gegensatz zur orientalischen anfänglich als apokryph zurückgewiesen sind, haben sie doch in ihren ersten fünfzig Nummern in lateinischer Uebersetzung Aufnahme zuerst in die Dionysische Sammlung (s. unten), und dadurch in die weiteren abendländischen Collectionen, ja selbst in das Decret Gratians, erlangt.

Die ersten planmäßigen und umfassenden Sammlungen der kirchenrechtlichen Quellen im Abendlande veranstaltete gegen Ende des fünften Jahrhunderts der in Rom lebende Mönch Dionysius mit dem selbst gegebenen Demuthsnamen: Exiguus, ein Scythe von Geburt. Die früheste seiner Collectionen, in ihrer zweiten und letzten Ueberarbeitung dem Bischof Stephan von Salona gewidmet, enthält außer dem Dedicationsbrief die fünfzig ersten canones apostolorum, die Schlüsse der Concilien von Nikäa, Ancyra, Neocäsarea, Gangra, Antiochien, Laodicea, Constantinopel und Chalcedon, und zwar in einer neuen, von Dionys angefertigten, die früheren bei weitem übertreffenden lateinischen Uebersetzung. Diesen Concilien sind die Canonen der Synode von Sardika und einer Reihe afrikanischer, namentlich karthagischer Synoden angereiht.

Seit dem vierten Jahrhundert waren als Rechtsquellen zu den Concilienschlüssen die Briefe der Päpste (zunächst decretale constitutum, decretum, dann epistola decretalis

und später schlechthin decretalis genannt) hinzugekommen. Dionys erwarb sich ein ferneres Verdienst dadurch, daß er diese (zwischen 498 und 514) ebenfalls in eine Sammlung vereinigte; diese letztere enthält Decretalen der Päpste Siricius (384—398), Innocenz I., Zosimus, Bonifazius I., Coelestin I., Gelasius I. und Anastasius II. (496—498) und zwar in der Weise zusammengestellt, daß die Kapitel in den einzelnen Briefen jedes Papstes durch diese fortlaufend durchgezählt sind. Beide Sammlungen, welche in der damaligen Zeit die vollständigste und am besten geordnete Uebersicht über das kirchenrechtliche Material und zwar auch bei den entsprechenden Stücken in der vorzüglichsten Uebersetzung gewährten, sind bald zu einer großen Collection vereinigt worden. Seit Mitte des sechsten Jahrhunderts ist dieselbe, wenigstens in ihrem ersten Theile, von den römischen Päpsten und in der griechischen Kirche benutzt, sowie in Gallien und Britannien schon lange Zeit vor Karl d. Gr. gebraucht worden. Ja das Ansehen dieser s. g. collectio Dionysiana ist so bedeutend gewesen, daß einige andere nach ihr entstandene Sammlungen nur geringe Verbreitung gefunden haben, und daß sie selbst eine Anfang des sechsten Jahrhunderts in Gallien verfaßte Sammlung, welche planlos mit ersichtlich dogmatischer Tendenz ein ähnliches Material verarbeitet, und die ihr erster Herausgeber Pasquier Quesnel (in den opp. Leonis M. Paris 1675) irrigerweise als den ältesten, zu Rom officiell gebrauchten Codex canonum ecclesiae Romanae bezeichnet, verdrängt hat. Zur authentischen Sammlung der gesammten Kirche ist aber auch die Dionysiana nie erklärt worden, wenngleich sie in einer vermehrten, den Bedürfnissen der späteren Zeit entsprechenden Gestaltung im Jahre 774 in einem Codex von Papst Hadrian I. König Karl dem Gr. (s. g. collectio Dionyso-Hadriana) zum Geschenk gemacht wurde und demnächst in der fränkischen Kirche sogar förmlich als codex canonum derselben recipirt worden zu sein scheint.

In Spanien, wo seit dem ältesten, uns erhaltenen Concil von Elvira (dem alten Iliberris in der Nähe von Granada) um 305 oder 306 die Thätigkeit der Synoden eine sehr rege war, wurden die Schlüsse derselben in Verbindung mit denen der wichtigeren griechischen, sowie der afrikanischen und gallischen Synoden früh in einen codex canonum zusammengestellt, dessen Existenz für das sechste Jahrhundert sicher bezeugt ist. Mehrfach durch spätere Stücke erweitert und wohl nach dem Uebergang der Westgothen vom Arianismus zum Katholicismus (589) revidirt, ähnelt diese im Anfang des achten Jahrhunderts in ihrer jetzigen Gestalt fixirte Sammlung (die s. g. collectio Hispana) der vereinigten Dionysiana darin, daß sie wie diese in zwei Abtheilungen, einen Concilien- und einen Decretalen-Theil, zerfällt. Nach einer, sich auch in den Etymologiae des h. Isidor, Bischofs von Sevilla, vorfindenden Einleitung, welche die Veranlassung gegeben hat, diesen irriger Weise als Urheber und die Sammlung selbst als collectio Isidoriana zu bezeichnen, weist der erste Theil die griechischen Concilien in der oben besprochenen versio Hispana, dann die afrikanischen Concilien, ferner sechzehn gallische Concilien (vom ersten von Arles im J. 314 ab bis zum Concil von Auvergne im J. 549) und endlich sechsunddreißig spanische (vom Concil von Elvira bis zum siebzehnten Concil von Toledo im J. 694) auf. Wie dieser Theil bei weitem umfangreicher als der erste Theil der Dionysiana ist, enthält auch der zweite, den päpstlichen Decretalen gewidmete, ein größeres Material, indem er nicht nur mehr Briefe der schon bei Dionys berücksichtigten Päpste aufgenommen hat, sondern auch die ganze Reihe schon mit dem Vorgänger des Siricius, mit Papst Damasus (366—384) eröffnet und mit den Päpsten Symmachus, Hormisdas, Vigilius (538—555) und Gregor I. (590—604) schließt.

Im Frankenreiche cursirten neben der vorhin gedachten Dionysischen und Quesnel'schen Sammlung eigens für einzelne Provinzen und nach den Beschlüssen der bezüglichen

particulären Synoden und den an die Bischöfe derselben gerichteten Decretalen angefertigte Zusammenstellungen. Daneben verarbeiteten manche Bischöfe das allgemeine und kirchliche Material für den praktischen Gebrauch ihrer Diöcesen, in der Weise, daß sie aus demselben gewissermaßen kurze Instructionen für den ihnen untergebenen Klerus (s. g. capitula episcoporum) anfertigten. Ferner hat auch schon im achten Jahrhundert die spanische Sammlung und zwar in der ihr im siebenten Jahrhundert in Spanien eigenen Gestalt Verbreitung gefunden, zweifellos deshalb, weil sie sowohl hinsichtlich der gleichfalls im Frankenreich interessirenden gothischen Particulär-Synoden, als auch hinsichtlich der päpstlichen Decretalen alle übrigen bekannten Collectionen durch ihre Vollständigkeit übertraf.

Bald nach Mitte des neunten Jahrhunderts erscheint aber die spanische Sammlung im Frankenreich und zwar zunächst im westlichen Theile desselben in einer eigenthümlichen, durch falsche Stücke, namentlich falsche Decretalen, vermehrten Form. Charakteristisch für diese, die s. g. pseudo-isidorische Sammlung, ist eine ebenfalls gefälschte Vorrede, in der sich der Verfasser als Isidorus Mercator (lediglich nach dem Vorbilde eines Zeitgenossen, des h. Augustin Marius Mercator) bezeichnet. Nach dieser Vorrede und einigen kurzen, gleichfalls unechten Documenten, welche allein den Zweck haben, jeden Zweifel an der Echtheit der dargebotenen Figmente von vornherein niederzuschlagen, folgen sechzig gefälschte Decretalen von Clemens I. (91?—100?) bis auf Papst Melchiades (311—314) in chronologischer Ordnung. Den zweiten Theil der Sammlung bilden die Concilien der collectio Hispana und zwar in der seit dem achten Jahrhundert in Gallien circulirenden Formation derselben. Für den dritten Theil hat die in der Hispana enthaltene Decretalensammlung als Grundlage gedient, jedoch hat dieser nicht nur durch einzelne echte Decretalen, sondern auch durch Vor- und Hineinschiebung von weiteren fünfunddreißig gefälschten Papstbriefen eine bedeutende Vermehrung erfahren. Eigenthümlich ist die Fälschung dadurch, daß ihr Urheber — sicher ein fränkischer Geistlicher —, dessen Person aber sonst in räthselhaftes Dunkel gehüllt ist, und als den man bald den Erzbischof Otgar von Mainz, bald den Erzbischof Ebo von Rheims, bald den Erzbischof Wenilo von Sens, bald den Bischof Rothard von Soissons, bald Benedictus Levita, den Verfasser der falschen Capitulariensammlung, bezeichnet hat, jene Dichtungen — freilich in Einklang mit der das neunte Jahrhundert charakterisirenden geistigen Unselbstständigkeit — nicht frei geschaffen, sondern die einzelnen Briefe mosaikartig aus nur theilweise und mitunter nur in einzelnen Worten veränderten Stellen der echten Decretalen und Concilien, der Bibel, einzelner Kirchenväter, des breviarium Alaricianum, des liber pontificalis, der Capitulariensammlung des Benedictus Levita u. s. w., componirt hat. Dagegen, daß der Fälscher, welcher seine Arbeit etwa Mitte des neunten Jahrhunderts (um 850 oder 851) vollendet haben muß, lediglich den in der Vorrede angegebenen Zweck, eine vollständigere Sammlung als die bisherigen anzufertigen, verfolgt und lediglich in unschuldsvoller Naivetät auf die Namen der ältesten Päpste, von welchen keine Decretalen erhalten worden, solche erdichtet hat, spricht der Umstand, daß in seinen Decretalen ganz bestimmte Themata und zwar mit unendlichen Variationen fast bis zur Ermüdung abgehandelt werden. Er vindicirt dem geistlichen Stande die entschiedene Superiorität über die Laien und verpflichtet dieselben den Geistlichen gegenüber zur demüthigen Unterwerfung. Die Fülle der geistlichen Gewalt ruht nach seiner weiteren Auffassung in der römischen Kirche; die Zwischenstufen der geistlichen Regierung zwischen dem Haupte derselben, dem Papst, und den einfachen Bischöfen, die Primaten oder Patriarchen und die Erzbischöfe haben, ebenso wenig wie die Bischöfe die volle Macht des Regiments empfangen, sondern sind nur zur Theilnahme an der der römischen

Kirche allgemein obliegenden Fürsorge berufen. Diese Gedanken sind in den Decretalen selbst nicht als abstracte Theoreme hingestellt, sondern ihre Entwickelung soll nur dazu dienen, die bischöfliche Macht vom weltlichen Einflusse und von der Abhängigkeit von den Metropoliten zu befreien. Zu diesem Behufe wird namentlich wiederholt ausgeführt, daß Laien überhaupt Bischöfe nicht anklagen dürfen, daß das competente Gericht zwar die Synode des Metropolitanbischofs (nicht also das nach damaliger fränkischer Staatspraxis stets einschreitende Königsgericht) bildet, das Endurtheil aber in allen Fällen dem Papst zustehen soll, sowie endlich, daß ein gefangen gehaltener oder spoliirter Bischof vor der Restitution in seinen Bischofssitz nicht angeklagt werden kann. Gerade diese Anführungen zeigen, daß die Erhöhung des Papstthums nicht das Hauptziel des Fälschers gewesen ist. Er bedenkt den Papst nur da mit freigebiger Hand, wo er den Bischöfen noch reichlichere Spenden zu Theil werden läßt. Ferner hat er überhaupt nur solche Ideen ausgesprochen und näher präcisirt, welche längst von einem Theil der fränkischen Geistlichkeit vertreten wurden. Die Verschmelzung kirchlicher und weltlicher Verhältnisse im fränkischen Reiche hatte unter der schwachen Regierung Ludwigs des Frommen und während der Kriege desselben mit seinen Söhnen und dieser untereinander für die Kirche die bittersten Früchte getragen. Schon auf den wichtigen Synoden von 829 und 836 hatte die Reformpartei eine größere Unabhängigkeit der geistlichen Gewalt beansprucht, indessen weder dort noch auf der späteren Synode zu Meaux-Paris (845 und 846) war es ihr gelungen, ihre Forderungen gegen den Widerstand der weltlichen Großen durchzusetzen. Während aber demnächst der vielfach mit Pseudo-Isidor übereinstimmende Benedictus Levita jenes clericale Reformprogramm durch Erdichtung neuer, dasselbe bekräftigender Rechtssätze auf den Namen des allgefeierten Karls des Gr. wirksamer zu machen sich bemühte, suchte der Verfasser der falschen Decretalen jenen Reformtendenzen den Nimbus der Heiligung seitens der ältesten römischen Bischöfe, der Zeugen der Stiftung des Christenthums', und den Glanz der frühesten und reinsten Verfassung der christlichen Kirche, zu geben.

Wenngleich die unmittelbaren Zwecke, welche der Verfasser im Auge hatte, in den bald nach Publication seiner Sammlung eintretenden Zeiten allgemeiner Verwirrung nicht verwirklicht worden sind, so wurden doch die Aussprüche jener falschen Decretalen, deren Echtheit nur anfangs nicht einmal ganz offen und ohne jede nachhaltige Wirkung in Frage gestellt worden war, in die späteren Sammlungen mit übernommen. So sind jene Anschauungen über das Verhältniß der geistlichen zur weltlichen Gewalt und die bevorzugte Stellung des römischen Stuhls fort und fort überliefert worden, und sie haben mit dem geschlossenen System und der uralten Beglaubigung, in der sie dargeboten wurden, dem hierarchischen Bewußtsein in dem gewaltigen Kampfe zwischen Papstthum und Kaiserthum eine energische Kräftigung gegeben. Mit dem Glauben an die Echtheit jener Sätze mußte nothwendiger Weise das Bestreben auf ihre praktische Durchführung den Charakter eines heiligen Kampfes für die Wiederherstellung des Glanzes der urchristlichen Zeit annehmen. Die hier in Rede stehende Sammlung bietet somit das hervorragendste Interesse für die Entwickelung der kirchlichen Verfassung und namentlich des Verhältnisses zwischen geistlicher und weltlicher Gewalt; sie ist daher nicht mit Unrecht als die interessanteste Fälschung, welche die Geschichte aufzuweisen hat, bezeichnet worden. Aber auch sonderbarer Weise für das Civilrecht ist ein von dem Fälscher freilich des näheren in durchaus unjuristischer Weise hingestelltes Postulat, das Verlangen der Restitution gefangener oder entsetzter Bischöfe vor Erhebung einer Anklage gegen sie, von noch im heutigen gemeinen Recht fortdauernder Wirkung gewesen, da die mittelalterliche Theorie an die bezüglichen, in das Decret Gratians übergegangenen Stellen die Lehre von der actio und exceptio spolii angeknüpft hat.

Mit der Pseudo-Isidorischen Sammlung schließt die Reihe der Collectionen, welche den vorhandenen Rechtsstoff nach dem chronologischen Princip zusammenstellen. Wenngleich schon in den eben besprochenen Zeiten einige Sammlungen verfaßt worden sind, welche im Gegensatz zu den bisher erwähnten das Material nicht mehr nach seiner Herkunft ordnen, sondern durch Subsumtion desselben unter gewisse Rubriken eine freilich noch rohe, systematische Anordnung erstreben, so haben diese doch weder auf die Rechtsentwickelung, noch auf die Gestaltung der weiteren, seit Ende des neunten Jahrhunderts verfaßten und wichtigeren Collectionen einen Einfluß ausgeübt. Die letzteren sind dadurch hervorgerufen worden, daß das neue, in den späteren Decretalen, Provinzialsynoden und den fränkischen Königsgesetzen aufgesammelte Material in den vorhin erwähnten größeren Sammlungen nicht berücksichtigt war und daß offenbar in der damaligen Zeit und bei dem damaligen Stande des Bücher- und Schreibwesens die Zusammenarbeitung des vorhandenen Stoffes noch viel nothwendiger als heute war. Durch dieselben Verhältnisse war dabei auch die Adoption einer systematischen Ordnung geboten. Unter der nicht unbeträchtlichen Anzahl dieser Collectionen — Walter zählt in seinem Kirchenrecht §. 100 allein 36 auf, eine Zahl, welche bei genauen Recherchen in den Bibliotheken sich sicherlich noch vermehren ließe — mögen von denjenigen, welche den Stoff in das Decret Gratians hinübergeleitet haben, allein die wichtigsten genannt werden:

1) Die noch ungedruckte, im Mittelalter als Corpus canonum mehrfach citirte, einem archipraesul Anselmus (d. h. Anselm II., Erzbischof von Mailand 883—897) gewidmete, heute daher collectio Anselmo dedicata genannt, welche während der Regierungszeit des gedachten Erzbischofs in Italien verfaßt ist und ihr umfangreiches Material in 12 Bücher eintheilt. Sie hat die Dionyso-Hadrianische, die spanische Sammlung und viele Briefe Gregors I. nach dessen registrum benutzt, ist aber vor allem dadurch interessant, daß außerdem und zwar in sehr ausgedehnter Weise zuerst Stellen aus den Pseudo-Isidorischen Decretalen und aus den römischen Rechtsbüchern aufgenommen worden sind.

2) Namentlich fränkische und deutsche Rechtsquellen hat dagegen der einstige Abt des Klosters Prüm an der Schnee-Eifel Regino in seinen, nicht nur für die deutsche Kirchenrechtsgeschichte, sondern auch für die Culturgeschichte überhaupt wichtigen, im J. 906 geschriebenen libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis benutzt, einem Werk, welches eine Anweisung für den Bischof bei der Visitation seiner Diöcese und für die Besorgung der damit verbundenen Geschäfte, namentlich für die Abhaltung der Sendgerichte, zu geben bezweckt.

3) Ebenfalls von Bedeutung für das deutsche Kirchenrecht ist das umfangreiche, vorzüglich zum Lehrbuch bestimmte, zwischen 1012 und 1023 verfaßte Werk des Bischofs Burchard von Worms in 20 Büchern, Collectarium von ihm selbst, gewöhnlich aber Decretum genannt. Dasselbe hat die beiden vorhin genannten Sammlungen in umfangreichem Maße benutzt. Das Decret des Burchard ist aber wieder selbst von einer Reihe der nachfolgenden Kanonensammler als Quelle gebraucht worden, ja sogar fast vollständig in das Gratian'sche Decret aufgegangen.

4) So hat Burchard z. B. auch zwei dem h. Ivo, Bischof von Chartres († 1117), zugeschriebenen, ebenfalls von Gratian für sein Decret benutzten Collectionen, dem s. g. Decret und der Pannormia, als Quelle gedient.

5) Unter Uebergehung der sonstigen Sammlungen des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts mag hier nur noch auf die Schrift des Scholastikus Algerus von Lüttich († um 1128): liber de misericordia et iustitia hingewiesen werden, ein Werk, das die Lehre von der kirchlichen Disciplin systematisch behandelt, und welchem Gratian die

Methode der Verbindung des verschiedenen Quellenmaterials durch kurze Erörterungen, ja mitunter selbst den eigenen Text der letzteren, entnommen hat.

II. Das Corpus iuris canonici.

1. Das decretum Gratiani. Mitte des zwölften Jahrhunderts war, wie die bisherige Darstellung ergibt, die Orientirung über das kirchliche Recht schon durch die vielen verschiedenen cursirenden Sammlungen erschwert; abgesehen davon litten aber alle diese Sammlungen an dem Mangel einer rein mechanischen Zusammenhäufung des für die verschiedensten Theile der Kirche und in den verschiedensten Zeiten entstandenen Materials. Sie boten in Folge dessen vielfach längst veraltete Bestimmungen dar, enthielten an vielen Stellen sich widersprechende Rechtssätze und stellten noch gewöhnlich seit der collectio Anselmo dedicata diesem in sich disparaten Stoff unvermittelt eine Reihe römisch-rechtlicher Vorschriften zur Seite. Das Verdienst, sich über das eben geschilderte Niveau der Sammler-Arbeiten jener Zeiten erhoben zu haben, gebührt dem Mönche des Klosters St. Felix zu Bologna Gratianus, welcher zuerst das kanonische Recht als eine eigene, von der Theologie abgesonderte Wissenschaft zu Bologna lehrte und demnach als der Vater der kanonistischen Jurisprudenz bezeichnet werden darf. In seiner zwischen 1141 und 1150 verfaßten Sammlung, am frühsten decreta, decretorum corpus oder noch passender concordantia discordantium canonum, später allgemein decretum genannt, hat er es versucht, die Widersprüche des zu verarbeitenden Quellenmaterials zu lösen und dadurch ein die sichere Kenntniß und Anwendung des geltenden und praktischen Rechtes förderndes Werk zu liefern. Dasselbe zerfällt in 3 Theile (partes). Der erste Theil, dessen Eintheilung in 101 Distinctionen nicht von Gratian, sondern seinem Schüler Paucapalea herrührt — Unterabtheilungen der einzelnen Distinctionen bilden die canones, daher die Citirweise (ältere): can. Multis in decretis; (neuere): c. Multis Dist. XVII; c. 5. Dist. XVII oder D. XVII — handelt zunächst von den Quellen des Rechtes, dann aber von den kirchlichen Personen und Aemtern. In dem zweiten Theile werden 36 Rechtsfälle — daher die Bezeichnung Causa für die 36 Hauptabschnitte dieses Theils — erörtert, bei denen die behufs der Entscheidung zu besprechenden Rechtsfragen die naturgemäßen Unterabtheilungen (quaestiones) ergeben. Da die gesetzlichen Belegsstellen für die einzelnen Rechtssätze die mitgetheilten canones bilden, so citirt man diesen Theil c. 29. C. XVII. qu. 4. (früher: c. si quis suadente in decretis, dann 17. q. 4. c. si quis suadente).[1]) Die pars III. gibt die auf die Cultushandlungen und die Sacramente, namentlich das Meßopfer bezüglichen Regeln in 5, ebenfalls von Paucapalea abgetheilten Distinctionen. (Citirart: c. 1. D. I. de consecr. oder de consecratione.) Abgesehen davon, daß Gratian in seinem eben geschilderten Werke das Material vollständiger als seine Vorgänger zusammengestellt hat, unterscheidet er sich wesentlich von ihnen dadurch, daß er nicht blos als Sammler, sondern auch als Schriftsteller aufgetreten ist. Er verbindet einmal die verschiedenen Quellenstellen durch einen eigenen, von ihm herrührenden, mitunter freilich auch dem Alger von Lüttich entnommenen Text, welcher die allgemeinen Rechtssätze angibt, sodann sucht er die einzelnen sich widersprechenden Kanonen allerdings in durchaus scholastischer Weise durch Unterscheidungen, Vergleiche, Analogien u. s. w. miteinander in Einklang zu bringen, endlich zieht er

[1]) In C. XXXIII. qu. 3. befindet sich eine Abhandlung über die Buße (s. g. tractatus de poenitentia); diese ist in distinctiones und dann in canones getheilt. Man citirt Stellen aus dieser quaestio schlechthin c. 1. D. I. de poenit.

vielfach aus den mitgetheilten Belegen die juristischen Consequenzen. Man kann diese Erörterungen (die s. g. dicta Gratiani) füglich als den Text eines gedrängt gehaltenen Lehrbuchs oder eines Grundrisses bezeichnen, für welchen überall die Belegstellen (die einzelnen canones) in bedeutendem Umfange mitgetheilt sind. Sowohl dieser Charakter des Werkes, wie der Umstand, daß Gratian in Bologna lehrte und hier das Buch von der Schule recipirt, summirt und glossirt, von den nach Bologna zusammenströmenden Studenten. aber auch überall außerhalb Italiens verbreitet worden ist, haben gerade seiner Sammlung das allgemeinste Ansehen verschafft und die älteren Collectionen aus dem Gebrauch verdrängt. Formale Autorität für das geltende Recht, d. h. den Charakter eines Gesetzbuches, hat es indessen nie erlangt und den einzelnen in dasselbe aufgenommenen Rechtssätzen kommt daher nur diejenige gesetzliche Kraft zu, welche sie auch ohne ihre Stellung im decretum Gratiani haben würden, sofern nicht etwa gerade die Reception eines Satzes in dasselbe Veranlassung zur fortdauernden Uebung und damit zur gewohnheitsrechtlichen Sanction desselben gegeben hat.

2) Die Decretalensammlungen. Gratian hatte in seinem bald als corpus iuris canonici bezeichneten Buch die neueren Decretalen nur bis zum Jahre 1139, d. h. bis zu den Decretalen des Papstes Innocenz' II., benutzt. Die zweite Hälfte des zwölften und der Anfang des dreizehnten Jahrhunderts ist aber die Zeit gewesen, wo das Papstthum durch seine zahlreichen Decretalen den größten Einfluß auf die Entwickelung des kirchlichen Rechts ausgeübt hat. Zunächst wurden die neuerlassenen Decretalen neben dem Decrete — daher decretales extravagantes, d. h. quae extra decretum (Gratiani) vagabantur genannt — benutzt; ihre Fülle ließ aber schon in den letzten 3 Jahrzehnten des zwölften Jahrhunderts das Bedürfniß nach Zusammenstellungen derselben hervortreten. Unter den mehrfachen Sammlungen dieser Art haben 5 wegen ihrer Reception durch die Schule und als Quelle der nachher zu besprechenden neuen Compilation Gregors IX. — die s. g. Compilationes antiquae — eine besondere Bedeutung erlangt. Die älteste dieser, das breviarium extravagantium des Probstes, nachmaligen Bischofs Bernhard von Pavia, später Compilatio prima oder liber primus genannt, um 1191 verfaßt, ist dadurch von Interesse, daß die Vertheilung des hauptsächlich den früheren Decretalensammlungen entnommenen Materials in 5 Bücher, deren Inhalt der nachstehende Memorial-Vers: iudex (der kirchliche Beamte und Richter), iudicium (Verfahren in streitigen Rechtssachen), clerus (persönliche Verhältnisse, Pflichten, Vermögensrecht), connubia (Eherecht), crimen (Strafrecht, Straf- und Disciplinar-Proceß), für alle folgenden Sammlungen typisch geworden ist. Unter diesen Compilationen haben allein die schon oben (S. 115) erwähnte tertia und die quinta (auf Veranlassung des Papstes Honorius III. aus seinen eigenen Decretalen 1226 zusammengestellt) einen officiellen Charakter.

a) Die Decretalen Gregors IX. Aehnliche Uebelstände, wenn auch nicht in gleich hohem Maße, wie vor der Abfassung des Gratianischen Decrets machten sich bald wieder in Folge der Zerstreutheit des Decretalen-Materials in 5 verschiedene Sammlungen geltend, und veranlaßten Papst Gregor IX. (1227—1241), seinen Pönitentiar, den Dominicanermönch Raimund aus Peñaforte (bei Barcelona), welcher früher 3 Jahre in Bologna kanonisches Recht gelehrt hatte, mit der Abfassung einer neuen Collection zu beauftragen. Gemäß der ihm ertheilten Instruction stellte Raimund, welcher die hergebrachte Eintheilung in 5 Bücher beibehielt, die in den erwähnten 5 Compilationen enthaltenen Decretalen zusammen, schied dabei eine Reihe gleiche oder ähnliche Materien behandelnder aus, zerriß die verschiedene Punkte und Fragen berührenden in einzelne Stücke behufs Unterordnung unter die entsprechenden Titel, beseitigte etwaige Widersprüche durch Interpolationen, und kürzte endlich die einzelnen Decretalen durch Wegschneidung der

nicht nothwendig zur Entscheidung des Rechtsfalles gehörigen Mittheilungen, namentlich der Species Facti (s. g. partes decisae, in den Decretalen angedeutet durch ein: „et infra"), ein Verfahren, welches dem Vorwurf der Gewaltsamkeit nicht entgehen kann, aber zum Theil auch schon von seinen Vorgängern geübt worden ist. Die von Raimund angefertigte Sammlung, in welche die Decretalen Gregors IX. ebenfalls mit aufgenommen worden sind und welche 1234 von letzterem selbst durch Uebersendung an die Universität Bologna publicirt wurde, hat im Gegensatz zum Decrete Gratians — nicht nur in Bezug auf den Inhalt, sondern auch auf die rubricae (die Bücher und Titelüberschriften) — den Charakter eines Gesetzbuches, dessen einzelne Bestimmungen, so verschieden auch in Wirklichkeit ihr historischer Ursprung und ihr Alter sein mag, ebenso wie die Paragraphen eines modernen Gesetzbuches als gleichzeitig erlassen angesehen werden müssen. Außerdem bildet die Sammlung eine ausschließliche Codification des in den päpstlichen Decretalen enthaltenen Rechtsstoffes und daher sind alle das gemeine (nicht das particuläre) kirchliche Recht betreffenden Decretalen, welche weder in dieselbe noch in das Decret aufgenommen worden, außer Kraft gesetzt. Da in Folge dessen die Sammlung Gregors IX. die Compilationes antiquae beseitigt hat und als der einzige liber neben dem Decret erschien, so nannte man dieselbe liber extra (sc. decretum), woraus sich die Citirweise (ältere: Extra de rescriptis c. ex parte, neuere: c. 2. X. de rescript. I. 3.) erklärt.

b) Der liber sextus. Die seit der Abfassung der eben besprochenen Sammlung erlassenen, theils allein circulirenden, theils wieder in Collectionen zusammengestellten Decretalen ließ Bonifacius VIII. (1294—1303), um jeden Zweifel über das anwendbare und echte neuere Decretalen-Material zu beseitigen, mit seinen eigenen Decretalen zu einem weiteren Gesetzbuch, das als liber sextus den 5 Gregorianischen Büchern angehängt werden sollte, verarbeiten und publicirte dasselbe 1298 durch Uebersendung an die Universitäten Bologna und Paris. Der liber sextus zerfällt ebenfalls in 5 Bücher (Citirweisen: c. Licet de const. in VIto; c. 1. de const. in VIto I. 2; c. 1. in VIto de const. I. 2), unterscheidet sich aber dadurch wesentlich von der Gregorianischen Sammlung, daß, während in dieser die einzelnen Rechtssätze in Anschluß an die in den Decretalen entschiedenen Rechtsfälle dargeboten werden, hier die einzelnen Capitel die Rechtsregeln nur allgemein in abstracto hinstellen, viele aber geradezu Controversen der kanonistischen Schule entscheiden. Ausschließliche, die nicht aufgenommenen Decretalen beseitigende Geltung kommt auch diesem Gesetzbuch zu, jedoch nicht gegenüber den ausdrücklich darin als ferner geltend reservirten und allen von Bonifacius VIII. selbst herrührenden, nicht verarbeiteten Decretalen.

c) Die s. g. Clementinen. Aus den Beschlüssen des Concils von Vienne (1311) und seinen eigenen vor und nach demselben erlassenen Decretalen ließ Clemens V. (1305—1314) eine neue, das frühere System befolgende Sammlung anfertigen, welche zwar 1313 publicirt, deren Verbreitung aber von ihm selbst inhibirt ist und welche erst nach nochmaliger Umarbeitung unter seinem Nachfolger Johann XXII. (1315—1334) im Jahre 1317 von neuem zum allgemeinen Gebrauch veröffentlicht worden ist. Auch diese Sammlung, die s. g. Clementinen (Citirweise: Clem. Dispendiosam oder Clem. 2. de judiciis II. 1; c. 2. de jud. II. 1. in Clement.), hat den Charakter eines Gesetzbuches, unterscheidet sich aber von der Gregorianischen Collection und dem liber sextus dadurch, daß sie die Geltung der nicht aufgenommenen Decretalen nicht, wie diese, beseitigt hat.

d) Die Extravaganten. Mit den Clementinen hat die Reihe der officiellen, von den Päpsten ausgegangenen Rechtssammlungen, welche schon auf dem Concil zu Constanz und zu Basel in Verbindung mit dem Decrete Gratians als Corpus iuris canonici bezeichnet werden, ihren Abschluß gefunden. Die sonstigen neben den Clementinen in

Betracht kommenden, sowie die neueren Decretalen wurden in den Handschriften und später in den Ausgaben in verschiedener Zahl und Ordnung der letztgedachten Sammlung angehängt, bis sie Johannes Chappuis in seiner im J. 1500 zu Paris besorgten Ausgabe des Corpus iuris in zwei Reihen ordnete. Er stellte einmal 20 Decretalen Johanns XXII., die s. g. extravagantes Joannis XXII in 14 Titel zusammen (Citirart: c. Execrabilis de praeb. III. in Extrav. Joh. XXII; c. un. de praeb. in Extrav. Joh. XXII. (III.), und verfertigte außerdem aus 73 anderen Decretalen, die Zeit von Bonifacius VIII. bis Sixtus IV. (1471—1484) umfassend, eine zweite, in 5 Bücher, in Wirklichkeit 4 Bücher, — beim Mangel jeder eherechtlichen Decretale ist das vierte durch die Bemerkung liber IV vacat ersetzt — abgetheilte Sammlung, die s. g. Extravagantes communes (Citirweise: c. 1. de elect. in Extrav. comm. T. 3.). Beide Extravagantensammlungen bilden keine Gesetzbücher, es kommt also hier jede Decretale einzig und allein als solche in Betracht. Seit jener Zeit sind beide Zusammenstellungen stets in den Ausgaben des Corpus iuris wiederholt und seit viertehalb Jahrhunderten werden sie herkömmlich als Theile des Corpus iuris canonici angesehen. Ueberdies hat dieses Verfahren eine indirecte Sanction dadurch erhalten, daß sie beide auch in die auf Veranlassung Gregors XIII. 1582 zu Rom herausgegebene, officielle Ausgabe der kanonischen Rechtsbücher aufgenommen worden sind. Letztere enthält einen von einer Commission von Cardinälen und anderen Gelehrten (den s. g. correctores Romani) bedeutend emendirten Text des Gratianischen Decrets, sowie einen revidirten Text der übrigen Sammlungen, und mit dieser ist — wenn auch nicht für die Wissenschaft — doch so weit es auf die gesetzliche Gültigkeit ankommt, der Text des Corpus iuris canonici officiell und für alle Zeiten festgestellt worden. Der neueste Herausgeber des Corpus iuris canonici, Ae. L. Richter, hat daher vollkommen Recht gethan, wenn er in seiner Ausgabe (Lipsiae 1839, 2 Thle.), welche unter Benutzung des vorhandenen gedruckten und des ihm zugänglich gewesenen, freilich nicht erheblichen handschriftlichen Materials das Mögliche und Tüchtigste geleistet, den Text der römischen Edition beibehalten und die Kritik in den mitgetheilten Apparat verwiesen hat, während gerade der Vorgänger Richters, J. H. Böhmer, in der für seine Zeit schätzenswerthen Ausgabe (Halle 1747, 2 Thle.) den Fehler begangen hat, den römischen Text selbst zu emendiren. Uebrigens ist eine auf Sichtung und Benutzung des umfangreichen Handschriften-Materials gegründete, den heutigen Anforderungen entsprechende kritische Ausgabe des Corpus iuris canonici eine von der kanonistischen Wissenschaft noch zu erfüllende Aufgabe.

e) Verhältniß der einzelnen Sammlungen zu einander. Noch heute gilt vom Standpunkt der katholischen Kirche aus das corpus iuris canonici als die Grundlage ihres Rechtes. Ob aber ein in demselben enthaltener Rechtssatz von diesem Standpunkt aus heute noch als praktisch betrachtet werden kann, das bemißt sich nicht nur allein danach, ob ihn die spätere kirchliche Gesetzgebung — d. h. die späteren, nicht mehr in officielle Sammlungen gebrachten päpstlichen Constitutionen und die Reform-Concilien, vor allem das tief einschneidende Concil von Trient — hat bestehen lassen, sondern es ist für die Entscheidung dieser Frage auch das Verhältniß der verschiedenen in das Corpus iuris canonici aufgenommenen Sammlungen wichtig. In dieser Beziehung gilt jede spätere als lex posterior, welche die Kraft ausübt, der früheren zu derogiren, jedoch waltet zwischen dem Gratianischen Decret und den Extravagantensammlungen einerseits und den übrigen drei Decretalensammlungen der Unterschied ob, daß in den beiden ersten eine der Zeit nach spätere Stelle eine temporär frühere Vorschrift derselben Sammlungen beseitigt, während für die drei anderen wegen ihres Charakters als einheitlicher Gesetzbücher dieser Grundsatz keine Anwendung finden kann.

III. Die Herbeiführung der Geltung des kanonischen Rechts durch die Entwickelung der kirchlichen Gerichtsbarkeit.

Da die katholische Kirche innerhalb der einzelnen Staaten in die Erscheinung getreten ist, so war für die Anwendbarkeit der auf ihrem Gebiete entwickelten Rechtsnormen stets das Verhältniß der weltlichen Gewalt zu ihr entscheidend. Im römischen Reiche ist zwar in der Theorie dem Sacerdotium das Recht zugestanden worden, die rein geistlichen Sachen zu verwalten (divinis ministrare), womit von selbst ein Gesetzgebungsrecht für derartige Verhältnisse gegeben war, und schon im fünften Jahrhundert hat Papst Gelasius I. dem Kaiser gegenüber in den Worten: „Duo quippe sunt, imperator auguste, quibus principaliter hic mundus regitur, auctoritas sacra pontificum et regalis potestas, in quibus tanto gravius est pondus sacerdotum, quanto etiam pro ipsis regibus Domino in divino reddituri sunt examine rationem;“ die höhere Stellung des Priesterthums geltend gemacht, indessen alle wichtigen, die kirchlichen Verhältnisse ordnenden Bestimmungen sind von der staatlichen Gesetzgebung ausgegangen oder haben erst durch diese ihre formell das römische Reich bindende Kraft erhalten. Wenn hierbei die Kaiser vielfach von den Würdenträgern der Kirche geleitet und beeinflußt worden sind, so haben erstere doch andererseits, wie z. B. die Geschichte des Arianismus nach seiner Verdammung durch das Concil von Nikäa beweist, auch wiederholt in die eigenste Sphäre der Kirche, die Feststellung des Dogmas, eingegriffen. Von einer rein formellen Einwirkung der Kirche und des auf ihrem Boden entwickelten Rechts auf andere als specifisch kirchliche Verhältnisse konnte in einer solchen Zeit, wo sie selbst noch nicht einmal eine uneingeschränkte gesetzgebende Macht in ihrem eigenen Hause hatte, keine Rede sein.

In den germanischen Reichen, insbesondere im Frankenreiche war der Einfluß der Geistlichkeit, welche aus dem Zusammensturz der antiken Welt die Reste der römischen Bildung und der römischen Staatskunst gerettet hatte, materiell ein viel bedeutenderer, aber auch hier war es die Sanction der Germanenkönige, welche den von der Geistlichkeit beschlossenen Satzungen die formelle Autorität gab. Wie der Codex Justinianeus und die Novellen das Kirchenrecht des römischen Reichs enthalten, so ist das Kirchenrecht der fränkischen Monarchie in den Capitularien und den von den Frankenkönigen berufenen oder bestätigten Concilien niedergelegt, ja, wie schon oben (S. 118) erwähnt, hat Karl der Große die Dionysische Sammlung recipiren lassen und damit erst die in diese aufgenommenen, geistlichen Decretalen zum fränkischen Reichsrecht erhoben. Die pia sanctae ecclesiae gubernatio, d. h. das Recht und die Pflicht des Papstthums über die geistliche Seite der Kirche durch Aufrechterhaltung der Canones zu wachen, hat Karl der Große dem Papst eingeräumt, aber ein selbstständiges Gesetzgebungsrecht ihm nie zuerkannt. In dem Reiche, welches die von den Römern erstrebte Beherrschung der Welt als seine Aufgabe übernommen, aber diese antike Idee mit christlichen Anschauungen versetzt und sich den Beruf gestellt hatte, äußerlich das Reich Gottes auf Erden zu verwirklichen, war der Papst zwar als geistlicher Leiter ein nothwendiger Factor, aber der Kaiser galt nicht nur als der von Gott eingesetzte Herrscher jenes christlichen Staates, sondern er war es, von welchem überall zunächst die entscheidenden Impulse ausgingen. Beruhte so die Idee des Kaiserthums und seines Berufes auf der Einheit des beherrschten christlichen Reiches, standen indessen andererseits zwei Häupter, ein weltliches und ein geistliches an der Spitze dieser Ordnung, so lag in dieser in sich widerspruchsvollen Gestaltung einer geistlichen und weltlichen Zweieinigkeit schon von vornherein der Keim zur Zwietracht und zu künftigen Streitigkeiten. Das Gebiet der Kirche und das Gebiet des Staates fielen nach den dama-

ligen Anschauungen zusammen, der Gedanke der Möglichkeit einer Coexistenz verschiedener Kirchen und Religionsgesellschaften nebeneinander war jener Zeit völlig fremd. Daher konnte von dem Versuch einer Ausscheidung der principiell der geistlichen und der weltlichen Gewalt anheimfallenden Gebiete, welche noch in heutiger Zeit die erheblichsten Schwierigkeiten bietet, nicht die Rede sein, und in der That hat der spätere Kampf zwischen Papstthum und Kaiserthum nicht ein Mehr oder ein Weniger in der oben angedeuteten Richtung zum Gegenstande, vielmehr handelte es sich allein darum, welches von den beiden anerkannten Häuptern des abendländischen Kaiserthumes die oberste leitende und bestimmende Stellung einzunehmen und damit das andere zu beherrschen habe. Daß im neunten Jahrhundert sich die Idee der überwiegenden Autorität der geistlichen Gewalt geltend gemacht hat, ist bereits oben erwähnt (S. 119) und wenn auch in demselben Jahrhundert einzelne Päpste, wie der bedeutende Nikolaus I. jene in einzelnen Fällen praktisch zu realisiren versuchten, so machte doch im folgenden Jahrhundert die Verkommenheit des in den Händen römischer Adelsfactionen und römischer Buhlerinnen befindlichen Papstthums neben einem so kraftvollen Kaiserthum, wie das Otto's I., welcher sogar den allen Lüsten ergebenen und verkommenen Papst Johann XII. 962 absetzen ließ, jegliche Fortsetzung der Bestrebungen auf Erringung der Suprematie unmöglich. Erst im Laufe des elften Jahrhunderts sind diese wieder aufgenommen, seitdem aber mit Energie und in planmäßiger Continuität namentlich von Gregor VII. (1073—1085), Alexander III. (1159—1181) und Innocenz III. (1198—1218) der Verwirklichung entgegengeführt. Ein Papstthum, welches in Anschluß an die Pseudo-Isidorischen Decretalen Anschauungen predigte, wie die, daß alle weltliche und fürstliche Gewalt von des Teufels Gnaden stamme [1]), daß der Papst dagegen der Stellvertreter des wahren Gottes auf Erden sei und die Verachtung der Decrete des apostolischen Stuhles durch die Könige ihre Absetzung als Strafe bedinge, ein Papstthum, welches diese Auffassung seiner Stellung zum Staat auch praktisch geltend zu machen in der Lage war, mußte nothwendiger Weise ebenfalls auf die Entwickelung des Rechts in solchen Verhältnissen eingreifen, welche ihrer Natur nach einzig und allein zur Sphäre der weltlichen Gesetzgebung gehörten. Der Stellvertreter Gottes auf Erden, welcher den Kaiser soweit wie die Sonne den Mond überstrahlte und der von den beiden ihm von Gott übertragenen Schwertern nur das weltliche an den Kaiser geliehen hatte, der Beherrscher des himmlischen und des irdischen Reiches war sicherlich dem Principe nach legitimirt, auch den Staaten seine Gesetze zu dictiren. Der Praxis nach haben aber die Päpste diese Macht keineswegs durch den Erlaß allgemeiner Verordnungen ausgeübt, ja auch die Reprobation weltlicher Gesetze und weltlicher Rechtsnormen, deren berühmtestes Beispiel die durch Gregor XI. im Jahr 1374 vorgenommene Verdammung von 14 Artikeln des Sachsenspiegels bildet, steht sehr vereinzelt da. Ganz abgesehen davon, daß eine gesetzgeberische Thätigkeit, wie sie in unseren modernen Staaten geübt wird, jenen Zeiten des Mittelalters fern lag, daß vielmehr meistens einzelne Vorkommnisse oder einzelne scharf hervorgetretene Uebelstände erst das Eingreifen der Gesetzgebung veranlaßten, bot sich gerade der päpstlichen Macht die Möglichkeit dar, auf weniger auffällige und doch nicht minder wirksame Weise gestaltend auf das Rechtsleben einzugreifen. Sie vereinigte

[1]) Diese gerade in der heutigen Zeit durch ihren Gegensatz gegen die von einer politischen Partei beliebte Ueberspannung des „Königthums von Gottes Gnaden" interessante Stelle findet sich in dem Registrum Gregorii VII. lib. VIII. ep. 21. (Monumenta Gregoriana ed. Ph. Jaffé, Berolini 1865. p. 457) und lautet dort: Quis nesciat: reges et duces ab iis habuisse principium qui Deum ignorantes, superbia, rapinis, perfidia, homicidiis, postremo universis pene sceleribus, mundi principe diabolo videlicet agitante, super pares, scilicet homines, dominari caeca cupidine et intolerabili praesumptione affectaverunt.

in sich mit der höchsten gesetzgeberischen Befugniß die oberstrichterliche Stellung und wie nach römischem Rechte den Kaiser nichts hinderte, für den zu seiner Entscheidung gelangten Einzelfall einen neuen Rechtssatz anzuwenden, ebenso wenig war es dem Papste verwehrt, bei der Rechtsprechung zugleich neues Recht zu schaffen. Gelang es also, eine bestimmte Klasse von Personen und eine bestimmte Klasse von Rechtssachen der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen, und die geistlichen Gerichte in den verschiedenen Theilen der Kirche in unbedingter Abhängigkeit vom Papste zu halten, so war unter diesen Umständen der Einfluß der päpstlichen Macht ebenso gut gesichert, als durch das bloße Gesetzgebungsrecht, ja noch besser, da, wenn einmal der Anspruch der Kirche auf eine ausgedehnte Gerichtsbarkeit anerkannt und durchgesetzt war, das Eingreifen des Papstes in oberster Instanz nicht nur den im andern Falle leicht hervortretenden Schein einer Anmaßung und Usurpation verlor, sondern auch sogar eine unantastbare Berechtigung für sich in Anspruch nehmen konnte. In der That hat die mittelalterliche Entwickelung mit dem vorhin angedeuteten, der Kirche und dem Papstthum günstigen Resultat abgeschlossen und da gerade die Ausübung der Gerichtsbarkeit der Hebel gewesen ist, durch welchen beide auf die rechtliche Gestaltung der verschiedensten Lebensverhältnisse gewirkt haben, muß die Ausbildung der geistlichen Jurisdiction noch einer kurzen Betrachtung unterworfen werden.

Wenn auch vor der Anerkennung der christlichen Kirche durch Constantin die Anhänger des Evangeliums ihre Streitigkeiten nicht vor den weltlichen Obrigkeiten, sondern vor ihren Seelenhirten zum Austrag brachten, so kann in jener Zeit doch, weil es sich hier lediglich um eine freiwillige Unterwerfung handelte und die Befugnisse und die Macht der kirchlichen Oberen nur so weit gingen, wie jene Unterordnung selbst reichte, von einer eigentlichen Gerichtsbarkeit der Kirche keine Rede sein. Erst seit der Zeit, wo die christliche Religion gleiche Berechtigung neben den übrigen, im römischen Reich recipirten Culten erhalten hatte, kann man von einer Jurisdiction der Kirche sprechen, und von diesem Augenblick an sehen wir die Kirche zunächst instinctiv, dann aber im vollen Bewußtsein dessen, worum es sich hier handelte, die Grenzen ihrer Competenz erweitern. In persönlicher Beziehung wurde den kirchlichen Oberen in den Civilstreitigkeiten der Kleriker die Competenz eingeräumt, eine Begünstigung, die um so weniger auffallen kann, als nach späterem römischem Staatsrecht diejenigen, welche sub dispositione einer Behörde waren, auch bei dieser ihr civilrechtliches Forum als Beklagte hatten. Ebenso wurden die Amtsvergehen nach demselben Princip von den geistlichen Vorgesetzten geahndet und nach Justinianeischem Recht waren die letzteren auch insoweit zur Verhandlung von Anklagen auf bürgerliche Vergehen befugt, als es auf die Verhängung geistlicher Strafen, namentlich der Absetzung des schuldig befundenen Geistlichen, ankam. In sachlicher Hinsicht galt der Grundsatz, daß die Bischöfe in rein kirchlichen Sachen (de religione) zu cognosciren hatten, außerdem konnte nach einer Verordnung Constantins von 321 in jeder Streitsache der Bischof als Schiedsrichter angerufen werden, wenn beide Parteien damit einverstanden waren, nach einer späteren Bestimmung desselben Kaisers von 331, welche aber bald wieder beseitigt ist, sogar dann, wenn nur eine Partei auf die bischöfliche Entscheidung provocirte. Wenn sich trotz dieser privilegirten Stellung der Kirche in jener Zeit keine Einwirkung auf das zur Anwendung kommende Recht zeigt, so lag das an dem damaligen Mangel einer oberstrichterlichen, kirchlichen Gewalt, welche zugleich die höchste Gesetzgebungsbefugniß damit vereinigte. Die Abhängigkeit der Kirche von der Staatsgewalt und die Ausübung der kirchlichen Gesetzgebung durch dieselbe machten vielmehr eine völlige Exemtion der dem Forum der Kirche unterworfenen Personen und Sachen noch vor der Hand unmöglich.

Im Frankenreiche konnte man jene Gerichtsbarkeit bei der Bewahrung des römischen Rechtes durch die Geistlichkeit um so weniger einschränken, als hier derselben der

Grundsatz des germanischen Rechtes, daß nur der Genosse über den Genossen richten dürfe, zur Seite stand. Es war daher selbstverständlich, daß die Kleriker unter einander nur vor ihren Oberen Recht nahmen und ebenso war es im Einklang mit den germanischen Rechtsprincipien, wenn die karolingische Gesetzgebung für Streitigkeiten zwischen Laien und Geistlichen gemischte Gerichte anordnete. Die gemeinen Vergehen wurden zwar noch in merovingischer Zeit von dem weltlichen Richter bestraft, aber schon im achten Jahrhundert ist der Anspruch der Kirche auf Exemtion ihrer Diener durch die karolingische Gesetzgebung anerkannt worden. Indessen blieb hier immer die dem Könige über die sonstigen Unterthanen zukommende oberstrichterliche Gewalt auch über die Geistlichen bestehen, und ferner bewahrte das Königsgericht seine Competenz auch über die geistlichen Würdenträger als Optimaten des Reiches. Daß die damalige Zeit die der Geltendmachung hierarchischer Tendenzen entgegenstehende Bedeutung dieser beiden Grundsätze klar erkannt hat, das zeigt der Umstand, daß der Verfasser der Pseudo-Isidorischen Decretalen gerade diese durch seine Fälschungen zu beseitigen und statt derselben die ausnahmslose Competenz der Kirche und die oberstrichterliche Gewalt des römischen Bischofs zu statuiren versucht. Was dagegen die sachliche Competenz der geistlichen Gerichte betrifft, so wurde auch im Frankenreich der frühere römische Grundsatz, daß die Kirche in rein geistlichen Dingen zu entscheiden habe, anerkannt, ihre Jurisdiction aber in zwei wichtigen Beziehungen erweitert, nämlich insofern als ihr die Cognition in Ehestreitigkeiten und in Testamentssachen überwiesen wurde. Rechtsnormen über die Ehe, namentlich über die Nichtigkeit und Scheidung derselben, hatte das germanische Recht nicht entwickelt und dazu kam, daß jene Zeit die staatliche und kirchliche Seite der Ehe nicht auseinander hielt, vielmehr der einseitigen Betonung der letzteren durch die Kirche keinen Widerstand entgegensetzte. Die Testamente waren bei den Germanen nur im uneigentlichen Sinne und insoweit in Gebrauch, als der Kirche in den s. g. Seelgeräthen letztwillige Zuwendungen gemacht wurden und wo bei den romanischen Bevölkerungen noch die Testamente in der eigentlichen römischen Bedeutung sich erhalten hatten, mußte füglich die Uebertragung der Cognition in solchen Sachen auf die geistlichen Gerichte in einer Zeit, wo die Kunde des Schreibens und Lesens nicht einmal unter den höchsten Klassen der Bevölkerung verbreitet war, diese vielmehr fast ausschließlich dem Klerus innewohnte, als das Angemessenste erscheinen. Endlich übte die Kirche durch die Sendgerichte, welche der Bischof oder sein Archidiakon in den einzelnen Theilen der Diöcese abhielt, eine Art Strafjurisdiction, da auf diesen mit der Visitation des Sprengels verbundenen Gerichtsversammlungen nöthigenfalls auf Anzeige von eigens bestellten Rüge- oder Sendzeugen alle Handlungen zur Bestrafung kamen, die, wie sich die Quellen jener Zeit ausdrücken, „contra dei voluntatem et rectam christianitatem in ista parochia“ gerichtet waren, also demnach im heutigen Sinne eigentliche criminalrechtliche Delicte (wie z. B. Todtschlag, Vergiftung, Diebstahl u. s. w.), als auch bloße Verletzungen religiös-ethischer und kirchlicher Vorschriften (wie das Singen obscöner Lieder, Feiertags- und Sacramentsverachtung) sein konnten. Bei dem wenig entwickelten und wenig durchgebildeten weltlichen Strafrecht der damaligen Zeit bot jene Jurisdiction eine im Interesse der Culturentwickelung gewiß günstige Ergänzung desselben dar, und wenn nothwendig hier die Praxis zur Entwickelung eines detaillirten Straf- und Bußsystems führen mußte, so ist auch diese Seite der kirchlichen Gerichtsbarkeit in karolingischer Zeit vom Staate dadurch controlirt worden, daß der zum Sendreisenden ernannte kirchliche Obere von einem weltlichen Beamten begleitet wurde, und ferner hat das durch die Sendpraxis entwickelte Bußsystem in seinen wichtigsten Bestimmungen ebenfalls durch die weltliche Gesetzgebung die äußere Sanction erhalten. Mit der mächtigen Stellung, welche die Kirche gegenüber der weltlichen Gewalt seit dem zwölften Jahrhunderte errungen hatte, gelang es

ihr aber ihre Competenz zu erweitern und die Handhabung ihrer Jurisdiction von jeder staatlichen Einwirkung zu befreien. Nach ihren, in den Decretalensammlungen niedergelegten Ansprüchen, welche, wenn auch nicht in allen Punkten, aber doch im großen und ganzen praktisches Recht des Mittelalters geworden sind, hatte die Kirche zunächst und zwar sogar nach späterer ausdrücklicher Anerkennung des deutschen Kaisers die Cognition über alle Disciplinar- und gewöhnlichen Criminalvergehen, sowie in allen Civilstreitigkeiten der Geistlichen, denen in letzterer Hinsicht die Kreuzfahrer und auch die s. g. personae miserabiles (Wittwen, Waisen u. s. w.), sofern das weltliche Gericht letzteren keine Rechtshülfe gewähren wollte, gleichgestellt waren. In sachlicher Hinsicht gehörten nicht nur diejenigen Sachen, welche die Sacramente und die Heilsgüter betrafen (die s. g. causae spirituales), sondern alle diejenigen, welche eine kirchliche oder religiöse Beziehung darboten, ja selbst solche, für welche die oben erwähnten Streitigkeiten nur eine präjudicielle Bedeutung hatten, vor das Forum der geistlichen Gerichte. Daher verhandelten diese in Ehesachen, Zehnt-, Testaments-, Patronatsstreitigkeiten, Processen über kirchliches Eigenthum, Ansprüchen aus Gelübden, und eidlich bestärkten Verbindlichkeiten, über civilrechtliche, des Wuchers verdächtige Contracte, Dotal-, Legitimitäts- und Erbschaftsstreitigkeiten, ja jede Civilstreitigkeit durfte, sofern das Unrecht der einen Partei als Sünde aufgefaßt werden konnte, unter diesem Gesichtspunkt vor das Forum der Kirche gezogen werden. In criminalrechtlicher Hinsicht übte sie endlich die Cognition über diejenigen Vergehen, welche allein wegen der Verletzung der eigenthümlichen Lebensbedingungen der Kirche ihre Strafbarkeit erhielten, nämlich über die s. g. geistlichen Verbrechen, d. h. die Ketzerei, das Schisma, die Apostasie, die Simonie, sodann über die s. g. gemischten Delicte, welche eine Beziehung zu der Lehre und den Einrichtungen der Kirche hatten oder ein besonderes sittliches Aergerniß zu erregen geeignet waren, hinsichtlich deren aber der weltliche Richter mit dem geistlichen concurrirte, namentlich über Blasphemie, Sacrilegium, Ehebruch, Bigamie, Stuprum, Fleischesvergehen, Zauberei, Eidbruch und Meineid, Fälschung von Maß und Münzen, Wucher; ja mitunter ist die Praxis einzelner Gerichte hierüber noch hinausgegangen, und hat eine Reihe anderer Vergehen nicht nur im Gewissensforum, sondern im Wege der Criminaljustiz gestraft.

Durch diese umfangreiche Competenz waren eine ganze Reihe rechtlicher Verhältnisse der Einwirkung und Umgestaltung durch die kirchlichen Anschauungen zugänglich gemacht und außerdem der Kirche die Möglichkeit gegeben, für das Verfahren in diesen Rechtssachen eigene processualische Normen auszubilden. Kurz die Kirche hatte neben der weltlichen Macht ein Gesetzgebungsrecht erhalten, und da dieses im Mittelalter somit durch zwei Factoren ausgeübt wurde, ist das Recht desselben das ius utrumque, das vom Kaiser und das von der Kirche ausgehende Recht, geworden. Wie die letztere von ihren Befugnissen Gebrauch gemacht hat, zeigt auf das klarste ein Blick in die Decretalen Gregors IX., denn in diesen läßt sich fast zu allen vorhin erwähnten civil- und criminalrechtlichen Verhältnissen ein eigener Titel nachweisen. Wenn somit auch die Entwickelung und Ausübung der kirchlichen Gerichtsbarkeit das hauptsächlichste treibende Moment für die Ausbildung des kanonischen Rechtes gewesen ist, so hat doch auch die bedeutende Machtstellung der Kirche, ohne welche die Ausdehnung ihrer Competenz in der geschilderten Weise schon an und für sich möglich gewesen wäre, dem Papstthum die Kraft gewährt, ebenfalls in anderen Beziehungen, so z. B. auf dem völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Gebiete seine Rechtsauffassungen praktisch geltend zu machen. Endlich ist auch zu berücksichtigen, daß viele Bestimmungen, welche die Kirche über den Kreis der eigentlich kirchlichen Sphäre hinaus erlassen hatte, einen wirklichen Fortschritt der Entwickelung enthielten und daß die

Ausdehnung ihrer Competenz, selbst, so sehr sie auch von dem modernen Standpunkt allein und einseitig betrachtet, als eine Usurpation erscheinen mag, doch für jene Zeit theilweise dadurch gerechtfertigt war, daß die Kirche damit nur Pflichten erfüllte, deren der Staat — ein solcher existirte damals genau oder im modernen Sinne genommen überhaupt nicht — sich noch nicht bewußt geworden war und welchen bei den zerklüfteten weltlichen Jurisdictionsverhältnissen des Mittelalters, dem Fehdewesen, dem Mangel einer energischen Reichsjustiz und einer fortbildend eingreifenden Reichsgesetzgebung weder die einzelnen Territorialherren, noch der Kaiser gerecht werden konnten.

Aus dem eben geschilderten Entwickelungsgange des kanonischen Rechts erklärt es sich zur Genüge, daß dasselbe für keines der verschiedenen Rechtsgebiete ein vollständiges, zusammenhängendes System von Rechtsnormen ausgebildet hat, daß man also z. B. nicht dem römischen und dem deutschen Privatrechtssystem als drittes ein kanonisches an die Seite stellen kann. Es hat sich vielmehr an den vorhandenen Rechtsstoff angeschlossen und diesen — hierin dem jus praetorium der Römer ähnlich — umgebildet. Die Gefahr einer bunten Mannichfaltigkeit der Entwickelung, welche noch obendrein dem mittelalterlichen Wesen anklebte, lag schon deswegen und bei der hauptsächlich durch die Gerichtspraxis erfolgten Ausbildung des Rechtes nahe, sie ist aber innerlich durch den die katholische Kirche beherrschenden Einheitsdrang, und äußerlich durch eine eigenthümliche, diesen hier verwirklichende Einrichtung vermieden worden, welche auf das evidenteste die Befähigung des kirchlichen Rechtes darthut, die vorgefundenen Rechtsnormen zu seinen Zwecken zu benutzen und umzubilden. Mit der gewaltigen Stellung des Papstthums trat auch dessen oberstrichterliche Gewalt in den Vordergrund und erst durch eine freie, von staatlicher Einwirkung unbeeinflußte Ausübung derselben war es möglich, die selbstständige Entwickelung des kanonischen Rechtes zu sichern und auch die Einheit in der Praxis der verschiedenen Gerichte gegenüber den naturgemäß sich geltend machenden Verschiedenheiten und der Gegenaction nationaler Rechtsauffassungen zu bewahren. Besonders günstig wirkte hierfür die ebenfalls durch die vom Papstthum erreichte Machthöhe hervorgerufene Ansicht, daß der Papst eine mit der aller übrigen kirchlichen Richter concurrirende Jurisdiction besitze und als der iudex ordinarius singulorum ebenso wie einst der römische Kaiser, sofort bei Rechtsstreitigkeiten angerufen werden könne. Daß das in jener Zeit nicht blos oft, sondern in unzähligen Fällen geschehen ist, läßt sich leicht nachweisen. Es war unmöglich, daß die Päpste selbst alle diese Angelegenheiten verhandeln und entscheiden konnten, andererseits wurde aber ihr Einfluß in der Weise gewahrt, daß sie nach dem Vorbilde der Delegation oder Committirung höherer Beamten durch die Kaiser der späteren Zeit nicht nur Commissarien (iudices delegati) für die Ausübung ihrer Jurisdiction ernannten, sondern diesen auch bestimmte Normen sowohl für das Verfahren, als für das von ihnen anzuwendende Recht vorschrieben. Diese Rechtssätze hatten natürlich zunächst nur Geltung für den einzelnen Fall. Bewährten sie sich aber zu öfteren Malen, so wurden sie dann zu allgemeinen Rechtsregeln erhoben. Das Institut der Delegation gewährte somit einen der Hauptvortheile, welche das prätorische Edict der Römer charakterisirten, die Möglichkeit, neue Rechtssätze neuen Bedürfnissen gemäß zu gestalten und doch vor der gesetzlichen, dauernden Fixirung ihre praktische Brauchbarkeit zu erproben. Daher ist es leicht begreiflich, daß wie eine Reihe der wichtigsten Institute des römischen Rechts dem prätorischen Edict ihre Entstehung oder Ausbildung verdanken, die Delegationen ebenso für die Entwickelung des kanonischen Rechts von der größten Bedeutung gewesen sind. So ist z. B. das Institut der richterlichen Recusation, der proceßhindernden Einreden und der summarische Proceß durch die Delegationsrescripte ausgebildet worden.

IV. Verhältniß des kirchlichen Rechts zum römischen und germanischen.

Im römischen Reich wurden die Rechtsverhältnisse der Kirche und des Klerus selbstverständlich nach römischem Rechte beurtheilt. Aber auch nach der Zerstörung der römischen Herrschaft trat in den einzelnen Germanenreichen hierin keine Veränderung ein, vielmehr galt auch hier der Grundsatz: ecclesia vivit lege Romana. Einmal hatten die verschiedenen germanischen Rechte keine besonderen Normen für die kirchlichen Verhältnisse entwickeln können, und ferner war das römische Recht auch das persönliche Recht der einzelnen Geistlichen, welche in den Zeiten der Ueberfluthung des römischen Reiches durch die Germanen als Römer nach römischem Recht lebten. Wenn später, als nicht mehr blos Romanen, sondern auch Germanen in den Klerus traten, dessenungeachtet das römische Recht als das persönliche Recht der Kirche und der Geistlichkeit dieselbe Bedeutung, wie früher, behielt, so lag dies darin, daß die Kleriker als eine besondere Klasse von Personen galten, welche durch Eintritt in den geistlichen Stand aus ihren früheren weltlichen Beziehungen traten, und darin, daß die Kirche mit ihrem Zuge nach Einheit und Universalität in den verschiedenen germanischen Staaten ein und dasselbe Recht um so mehr bewahrte, als dieses eine höhere Culturstufe als das ältere germanische Recht erreicht hatte. Das römische Recht ist daher vor der Wiedererweckung seines Studiums in Italien in der Kirche fort und fort überliefert worden; zuerst hat man besondere Zusammenstellungen der römischen Rechtssätze für den kirchlichen Gebrauch angefertigt (hierher gehört die dem neunten Jahrhundert angehörige, von Maassen entdeckte s. g. lex Romana canonice concepta); dann wurden die entsprechenden römischen Stellen zunächst in gesonderten Abschnitten der einzelnen Collectionen (so z. B. in der S. 121 besprochenen Anselmo dedicata), später aber nach systematischen Gesichtspunkten den einzelnen Sammlungen (so dem Decrete Gratians, wie den unmittelbar demselben vorangehenden) eingereiht. Erst in der letzten Periode nimmt die kanonische Gesetzgebung das römische Recht innerlich in sich auf und modificirt dasselbe seinen Bedürfnissen gemäß. Es ist das in den Decretalen seit der Mitte des zwölften Jahrhunderts geschehen, und die Möglichkeit einer solchen wirklichen Verarbeitung des römischen Rechtes lag in der That erst vor, als durch das Wiedererwachen der Rechtswissenschaft eine ausgedehntere und tiefere Kenntniß des römischen Rechts vermittelt, ferner die Anschauung gang und gäbe geworden war, daß in dem abendländischen Kaiserreiche, der Fortsetzung des altrömischen Imperiums, auch das römische Recht das gemeine subsidiäre Recht des Reiches und der Christenheit geworden sei, und endlich das Papstthum eine Machthöhe erreicht hatte, auf der — wenn seine höchste gesetzgeberische Autorität auf dem weltlichen Gebiete auch nicht unbestritten anerkannt war — es ihm möglich war, für eine ganze Reihe der staatlichen Jurisdiction und Gesetzgebung entzogener Personen und Angelegenheiten die von der mittelalterlichen Theorie nicht bezweifelte Auffassung praktisch zu verwerthen, daß der kirchliche Richter die von der geistlichen Autorität ausgehenden Gesetze unbedingt, die von der weltlichen erlassenen aber nur unter der Voraussetzung ihrer kirchlichen Anerkennung anzuwenden habe.

Allerdings war das römische Recht das Recht eines heidnischen Volkes, aber daran konnte die Kirche in den ersten Zeiten ihrer Anerkennung, wo der Gedanke an die sofortige Gestaltung eines eigenthümlichen christlichen Rechtes gar nicht entstehen konnte, keinen Anstoß nehmen, ganz abgesehen davon, daß sie mit ihrer privilegirten Stellung im Reich auch einen gewissen Einfluß auf die kaiserliche Gesetzgebung erhielt. Außerdem ließ gerade die Eigenartigkeit des römischen Rechts, welches von der Freiheit des Rechtssubjects ausgeht, der christlichen und kirchlichen Einwirkung insofern geeigneten Raum, als diese innerhalb der dem Individuum gewährten weiten Schranken die Richtung der rechtlichen Herrschaft

desselben nur näher zu bestimmen, also nur das vorhandene Recht zu modificiren brauchte. Eine gewisse Gleichgültigkeit der Kirche gegen das römische Recht ist erst eingetreten, als die päpstliche Gesetzgebung jenen oben gedachten Assimilirungsproceß vorgenommen hatte, und eine gewisse Feindschaft machte sich erst geltend, als im vierzehnten Jahrhundert die Vertheidiger Ludwigs des Baiern ihre Theorie von der Unabhängigkeit des Kaisers auf die römische Staatslehre gründeten und diese auch durch das corpus iuris civilis, namentlich unter Berufung auf die alte römische lex regia, zu beweisen suchten.

Anders stand die Kirche dem germanischen Rechte gegenüber. Mit ihm war sie nicht von den ersten Anfängen ihrer Entwickelung an verbunden gewesen, für die Gestaltung ihres Rechtslebens hatte sie dasselbe von vornherein nicht benutzt, vielmehr trat ihr das germanische Recht in seinen verschiedenen Gestaltungen als etwas Fremdes und geradezu ihren religiösen Vorstellungen und ihrem Einheitsdrang Feindliches entgegen. Hier war ihr von vornherein die Aufgabe gesteckt, gewisse rohe Auffassungen (z. B. auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafprocesses) zu überwinden und da, wo wie z. B. hinsichtlich der persönlichen Seite der Familienverhältnisse (namentlich hinsichtlich der Ehehindernisse, Ehescheidung) das germanische Recht keine oder nur wenige Grundsätze entwickelt hatte, die dem Christenthum nach der damaligen Auffassung entsprechenden Normen zu schaffen und durchzuführen. Allerdings haben auch germanische Rechtsanschauungen auf die Gestaltung des kanonischen Rechts eingewirkt, so die Lehre von der Leihe und vom Lehn auf das Beneficialwesen, die germanische Computationsweise auf die kirchliche Verwandtschaftsberechnung und Aehnliches mehr, aber eine unmittelbare Verpflanzung germanischer Rechtsnormen in das kanonische Recht hat doch nur sehr vereinzelt — die heute noch im Eheprocesse vorkommenden Eidhelfer bilden ein Beispiel dafür — stattgefunden.

V. Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die einzelnen Rechtsgebiete.

Wenngleich, wie schon vorhin bemerkt, das kanonische Recht sich dem römischen gegenüber hauptsächlich modificirend verhalten hat, so trat dasselbe doch auf dem wichtigen Gebiete des Verkehrs der Nationen den römischen Anschauungen direct entgegen. Die Beseitigung des römischen Satzes: daß nicht in Bündnißgemeinschaft stehende Völker hostes seien, durch die Auffassung, daß die christlichen unter einem geistlichen Obeahaupte vereinigten Nationen sich im Verkehr miteinander vollberechtigt gegenüber stünden und unter ihnen der abendländische Kaiser als oberster Wahrer des Friedens und der christlichen Religion die erste Stelle einnehme, ist freilich nicht durch das kanonische Recht, sondern überhaupt durch die christlichen und kirchlichen Ideen herbeigeführt. Damit war aber der Boden für die Entwickelung des heutigen modernen Völkerrechts geschaffen, und außerdem haben die Päpste, indem sie bei Streitigkeiten der Fürsten untereinander das Richteramt in Anspruch nahmen, nicht nur die Anschauung geltend gemacht, daß die Zwistigkeiten der Fürsten und Völker nicht nach der Willkür des Stärkeren, sondern nach den Grundsätzen der christlichen Moral und des Rechts zu entscheiden seien, sie haben auch für die Fälle, wo der Krieg nicht vermieden werden konnte, geradezu bestimmte, also im heutigen Sinne völkerrechtliche Normen erlassen, um unnöthige Grausamkeit zu verhüten. So wendet z. B. der neuerdings von Rußland ausgegangene Vorschlag der Beseitigung der s. g. Sprenggeschosse für unsere Zeit nur das Verbot Innocenz' III. an (c. un. X. de sagittar. V. 15), sich im Kriege gewisser verheerender Wurfmaschinen und Pfeilgeschosse zu bedienen.

Die staatsrechtlichen Theorien der Kirche, soweit es sich um die Auffassung der Stellung der geistlichen Gewalt handelt, sind mehrfach im Verlaufe der Darstellung erwähnt worden. Gegen sie hat schon in den letzten Zeiten des Mittelalters die fürstliche Macht den Kampf erfolgreich eröffnet, von einer dauernden Einwirkung dieser Anschauungen auf die Entwickelung kann also keine Rede sein, wenngleich kirchlicherseits jene Theorien stets festgehalten und dadurch noch bis in die neueste Zeit Conflicte mit den einzelnen Staatsregierungen herbeigeführt worden sind. Einen mittelbaren Einfluß hat aber das kirchliche Recht auf dem hier in Rede stehenden Gebiete insofern gehabt, als es den bewundernswürdigen Organismus einer Beamtenhierarchie geschaffen und in Verbindung damit den Begriff des Amtes — im Gegensatz zu der späteren germanischen Auffassung als eines wesentlich nutzbaren Privatrechts — als Complex im öffentlichen Interesse zu übender Rechte und Pflichten, sowie den Grundsatz, daß dem Amtsträger seine Stellung nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur in Folge eines bestimmten Verfahrens entzogen werden dürfe, zur Geltung gebracht hat. Seine Beamtenhierarchie und das Recht derselben hat das Vorbild für den s. g. absoluten Staat abgegeben, wiewohl freilich andererseits nicht verkannt werden kann, daß neben der Nachbildung dieser für die damalige staatsrechtliche Entwickelungsstufe brauchbaren und passenden Grundsätze, das Beispiel der Kirche, welche nach ihrem Dogma dem Beamtenstande allein die Fähigkeit zur Regierung zusprechen mußte und die Laien lediglich als die willenlosen Objecte für die Vollziehung der dem Beamtenthum obliegenden Mission betrachtete, mittelbar jene bekannte Anschauung von der Allweisheit der Regierung und dem beschränkten Unterthanenverstand, sowie der Beamten= und Regierungsthätigkeit als einer von den Interessen des regierten Volkes losgelösten, selbstständigen Aufgabe befördert hat.

Unmittelbarer, viel einflußreicher und viel nachhaltiger hat die kirchliche Rechtsentwickelung dagegen auf den Gebieten des Strafrechts und des Strafprocesses eingewirkt. Bei den Germanen fand die Kirche ein Criminalrecht vor, welches in seinem Compositionensystem den privatrechtlichen Gesichtspunkt in den Vordergrund stellte, für die Festsetzung der Strafe allein das objective Moment des äußeren Erfolges entscheidend sein ließ, und somit in jener nichts als eine Abzahlung der Blutrache und des Verbrechens fand. Im Gegensatz zu diesen rohen Anschauungen betrachtete die Kirche als die zur Heiligung der Menschheit bestimmte Anstalt das Vergehen unter dem Gesichtspunkt der Sünde und der Auflehnung gegen den göttlichen Willen, welchen sie im Dekalog niedergelegt fand. Die privatrechtliche Auffassung des germanischen Rechts war damit verneint, zugleich aber auch im Gegensatz zu dem Ueberwiegen des objectiven Moments das Hauptgewicht auf die Beschaffenheit des verbrecherischen Willens gelegt, und die Strafe erschien nicht mehr als ein Befriedigungsmittel für die Racheluft des einzelnen verletzten Individuums, sondern vielmehr als ein dem Schuldigen für die Verletzung der göttlichen Ordnung auferlegtes Uebel. Bei der Handhabung ihrer Strafgewalt konnte aber die Kirche nicht blos auf diesem Standpunkt stehen bleiben, sondern sie mußte sich ihrer Mission gemäß auch das Ziel setzen, den einzelnen Schuldigen sittlich zu bekehren und zu bessern. Zu diesem Behuf hat sie neben den Strafen, welche in erster Linie den Zweck haben, Vergeltung des begangenen Unrechts zu sein, neben den s. g. poenae vindicativae, auch ein System von Strafmitteln (s. g. censurae oder poenae medicinales) ausgebildet, welche zwar ebenfalls dem Schuldigen einen Nachtheil zufügen, bei denen das letztere aber nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel erscheint, die Besserung herbeizuführen. Praktisch hat die Kirche diese Principien bei ihrer ausgedehnten Jurisdiction im Mittelalter zur Geltung gebracht, aber auch die weltliche Gewalt, als sie seit dem dreizehnten Jahrhundert sich ihrer eigenen Aufgaben bewußter geworden war, hat jene humanen, eine fortgeschrittene

Culturentwickelung bezeichnenden Grundsätze sich für ihr Criminalrecht angeeignet und die auf diesem Gebiete schon früh vorgenommenen Codificationen in den italienischen Staaten, die spätern, berühmt gewordenen legislatorischen Arbeiten Schwarzenbergs sind, ebenso wie die weiteren Strafgesetzbücher zum Theil von dem kanonischen Recht beeinflußt worden, ja unsere heutige Zeit und Wissenschaft strebt noch den tieferen Gedanken, welcher in der kanonischen Unterscheidung der Vindicativstrafen und der bessernden Censuren liegt, aber selbstverständlich für das staatliche Gebiet nicht durch eine bloße Copie der kanonischen Institute realisirt werden kann, bei den Bemühungen um Einführung einer wirksamen und künftige Verbrechen verhindernden Strafvollstreckung zu verwerthen. Mit dem eben Bemerkten ist aber der verdienstvolle Einfluß der Kirche auf die Entwickelung des Strafrechts nicht erschöpft. Sie hat durch die Ausübung ihrer Jurisdiction gegen den Kaiser und den geringsten Unterthan und durch die Statuirung gleicher, nicht wie im römischen Recht nach dem Stande abgestufter Strafen das Vorbild eines Rechts gegeben, welches den modernen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze verwirklicht. In der Verkündigung der Gottesfrieden behufs Beseitigung roher Gewalt durch die Kirche hat die weltliche Gewalt im Mittelalter die Anregung zur Aufrechtrichtung ihrer Landfrieden gefunden. Mag man ferner auch das durch den Satz: „ecclesia non sitit sanguinem" gekennzeichnete Verdienst einer frühen Opposition gegen die Todesstrafe mit der Hinweisung darauf von der Hand weisen wollen, daß die Kirche in vielen Fällen, namentlich bei Ketzerverfolgungen die intellectuelle Urheberin der von den staatlichen Gerichten vollzogenen Hinrichtungen und Auto=da=fé's gewesen ist, so bleibt ihr doch immer das Verdienst, durch ihre Lehre und durch die Bewahrung des Asylrechts die Anwendung der Todesstrafe und namentlich der verstümmelnden Strafen beschränkt und auch in dieser Richtung eine humanere Strafrechtspflege befördert zu haben. Was endlich die Grenzlinie betrifft, welche die Kirche bei der Ausbildung ihres Strafrechts, zwischen den blos der Cognition des Beichtstuhles anheimfallenden Sünden und den der strafrechtlichen Verhandlung unterliegenden Vergehen gezogen hat, so kann man vom heutigen Standpunkte aus in der Qualification einzelner Handlungen zu Delicten, z. B. der Ketzerei, der Apostasie, des Schisma eine Intoleranz, in der Stempelung der Uebervortheilung des Nächsten und der Ausbeutung der Noth eines Andern zum Verbrechen des Wuchers ein Verkennen gesunder wirthschaftlicher Principien und der Tragweite der dem Rechte gegebenen äußeren Zwangsmittel, und in manchen anderen Fällen ein ungerechtfertigtes Zuweitgehen in der Geltendmachung moralischer Verbote als Criminalvergehen finden, aber man darf auch andererseits nicht verkennen, daß manche hierher gehörige Bestimmungen, wie das Verbot und die Bestrafung der Fehde, der Turniere, des Zweikampfs, der Gottesurtheile, der Unzucht u. s. w. den wahren Interessen der Cultur durch Ueberwindung roher Sitten und Gebräuche gedient haben.

Nicht minder einflußreich wie auf dem Gebiete des Strafrechts ist das kanonische Recht für die allgemeine Entwickelung des Strafprocesses gewesen. Während für die Anklagen gegen Geistliche im römischen Reiche die Formen des römischen Accusationsverfahrens beibehalten wurden, im Frankenreiche aber sowohl in den Sendgerichten für das Verfahren gegen Laien als auch bei Anklagen gegen Geistliche die Grundsätze des germanischen Processes, namentlich hinsichtlich des Beweisrechts sich geltend machten und die Kirche diese Einflüsse durch Zurückgehen auf das römische Recht zu beseitigen suchte, hat sie gleichzeitig eine neue Procedur=Art entwickelt, welche weit über den Kreis ihrer ursprünglichen Grenzen Anwendung gefunden hat. Geistliche, deren Ruf durch üble Gerüchte in der Gemeinde getrübt war, konnte die Kirche in ihrem eigenen Interesse nicht dulden, andererseits war bei Festhaltung des Anklageprincipes die Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens ohne vorgängige Anklage nicht möglich. Schon früh war es indessen Sitte

geworden, daß durch üble Gerüchte bezüchtigte Geistliche die gegen sie verlautenden Beschuldigungen durch eidliche Ableugnung vor ihren Oberen zurückwiesen, zu welcher in Folge germanischer Einwirkungen Eidhelfer hinzugezogen wurden. Das Verfahren hatte nur den disciplinären Zweck, die getrübte Autorität des geistlichen Standes wiederherzustellen. Dieser Charakter zeigt sich am deutlichsten darin, daß bei verweigerter Eidesleistung für den Bezüchtigten keine Strafe, wohl aber die im Interesse der Wahrung der kirchlichen Würde nöthige Suspension von seinem Amte ausgesprochen wurde, wiewohl man freilich später die Ablehnung des Eides als Ueberführung ansah und daher auch eine eigentliche Strafe verhängte. Die in dieser Gestaltung liegenden Gedanken hat Innocenz III. (1215) in der Weise praktisch weiter ausgebildet, daß in allen Fällen, wo ein glaubhaftes, öffentliches Gerücht (diffamatio), dessen ebengenannte Voraussetzungen nöthigenfalls durch eine präjudicielle Cognition festzustellen waren, eine Untersuchung (Inquisition) gegen den bezüchtigten Kleriker eröffnet werden sollte. Dasselbe geschah, wenn auf eine geschehene Denunciation der Denunciat geleugnet und der Denunciant ohne als förmlicher Ankläger auftreten zu wollen, bereit war, dem Richter die nöthigen Beweismittel an die Hand zu geben. Wurde die strafbare Handlung durch Zeugenvernehmung oder andere Beweismittel constatirt, so kam es zu einer außerordentlichen Strafe, während bei blos bestätigtem Gerüchte dem Verdächtigen der Reinigungseid (ohne Eidhelfer) auferlegt wurde, dessen Ableistung die Freisprechung, dessen Verweigerung aber die Verhängung der sonst angedrohten Strafe zur Folge hatte. Mit dem Inquisitionsproceß war ein Verfahren gefunden, welches den Mangel des bisherigen Rechts insofern ausfüllte, als der Eintritt der Thätigkeit des Strafrichters nicht mehr dem Zufall der Erhebung einer förmlichen Anklage preisgegeben war. Wenn für rechtsunkundige Laien die Worte: Inquisition und Inquisitionsproceß mit einem ungerechten, es auf Verurtheilung des Beschuldigten um jeden Preis abzielenden Verfahren gleichbedeutend sind, so ist dieser Anschauung entgegenzuhalten, daß der Inquisitionsproceß in der ihm von Innocenz III. gegebenen Gestalt durch das Verlangen der persönlichen Gegenwart des Beschuldigten, das Gebot der Veröffentlichung der Namen der Zeugen und ihrer Aussagen an den letzteren behufs der Geltendmachung seiner Einwendungen und der Gewährung der Möglichkeit jeder Art von Vertheidigung nicht den Charakter eines die Grundprincipien der Gerechtigkeit verleugnenden Verfahrens an sich getragen hat. Erst seit dem dreizehnten Jahrhunderte, der Zeit, wo die Kirche die Inquisition zur Unterdrückung der immer zahlreicher werdenden ketzerischen Secten benutzte, hat ein fanatischer und unchristlicher Glaubenseifer jedes zur Schuldigerklärung zweckdienliche Mittel, wie z. B. die Tortur und jede die Vertheidigung des Beschuldigten beschränkende Maßregel (wie die Verschweigung der Namen der Denuncianten und Belastungszeugen) für gerechtfertigt erklärt und damit eine ursprüngliche gesunde Procedur in ein jedem Rechtsprincipe hohnsprechendes Verfahren verwandelt, welches nicht besser als durch den Ausspruch eines zeitgenössischen Franciscanermönchs charakterisirt werden kann, daß bei einem solchen Proceß auch die Apostel Petrus und Paulus einer Verurtheilung wegen Ketzerei nicht entgangen sein würden.

Das Bedürfniß, eine durchgreifende Anstalt zur Verfolgung der strafbaren Handlungen zu besitzen, hat seit der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts die Reception des auf dem Boden der Kirche ausgebildeten Inquisitionsprocesses (in seiner ursprünglichen Gestalt) in den weltlichen Gerichten Italiens bewirkt, mit den fremden Rechten und der romänistischen Jurisprudenz hat derselbe auch in Deutschland gegen Ende des Mittelalters Aufnahme gefunden und er ist seit dem Ende des sechzehnten Jahrhunderts bis zu den in diesem Jahrhundert unternommenen Reformen die Grundlage des Strafverfahrens in Deutschland geblieben.

Die Einwirkungen und Modificationen des Privatrechts durch das kanonische Recht alle hier aufzuzählen, ist nicht möglich, selbst abgesehen von solchen Fällen wo, wie z. B. hinsichtlich der freien Stellvertretung, der Testaments-Executoren, Formlosigkeit der Verträge u. s. w. das kanonische und germanische Recht dieselben modernen Rechtsgedanken dem römischen Recht gegenüber zur Anerkennung gebracht haben. Ebenso mag hier nur darauf hingewiesen werden, daß die Kirche ein neues, die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten, die Schließung und Separation der Ehe betreffendes Recht, welches heutzutage für die Katholiken das gemeine deutsche Recht bildet und welches auch auf die Gestaltung des protestantischen Eherechts von Einfluß gewesen, entwickelt hat. Länger ist bei den weitgehenden Wirkungen des kanonischen Rechts auf das Sachen- und Obligationenrecht zu verweilen. Für das erstere kommt die von demselben entwickelte Theorie des ius ad rem (d. h. des Rechts zur Sache, des Anspruchs auf Gewährung des Eigenthums einer solchen) und des ius in re (des dinglichen Rechts selbst) in Betracht, eine Unterscheidung, welche noch bis in unser Jahrhundert in der gemeinrechtlichen Lehre vom titulus und modus acquirendi dominii fortgewirkt hat. Während aber diese Anschauung insofern nicht glücklich zu nennen ist, als sie Irrthümer und Verwirrung erzeugt hat, gebührt dem kanonischen Recht das Verdienst, durch die weite Ausdehnung des Besitzes an Rechten die moderne, den Römern noch fremde Anschauung von dem Parallelismus des Besitzes an Sachen und an Rechten, die principielle Einheit beider Arten des Besitzes zum Bewußtsein gebracht zu haben. Auch die römische Lehre von den Schutzmitteln des Besitzes ist durch die Einführung der Spolienklage und der exceptio spolii wesentlich umgebildet worden. Gerade hierin zeigt sich die schon oben hervorgehobene Berücksichtigung des ethischen und des Aequitätsmomentes, welches hinsichtlich der Zulassung der Spolienklage gegen den dritten von der Gewalt Kunde habenden Besitzer einen praktisch haltbaren Ausdruck, in der weiten Ausdehnung der exceptio spolii aber eine unangemessene, freilich der unjuristischen Theorie ihres Urhebers, des Pseudo-Isidor, entsprechende Verwendung erhalten hat. Dieselbe Tendenz, moralisches Unrecht in möglichst ausgedehnter Weise durch rechtliche Vorschriften zu verhüten zeigt sich endlich in der Statuirung der fortdauernden bona fides nicht nur für jede Art der (Sach- und Servituten-) Ersitzung, sondern auch für die Klageverjährung. Die wichtigsten Modificationen auf dem Gebiete des Vertragsrechts erklären sich ebenfalls aus demselben Grunde. Die sittliche Pflicht der Wahrung eines geleisteten Eides wurde höher gestellt, als die Beachtung civilrechtlicher Ungültigkeitsgründe und daher der Satz aufgestellt, daß jede durch den Eid bekräftigte Verbindlichkeit, gehalten werden müsse, sofern nur ihre Erfüllung erlaubt und die Rechte Dritter nicht verletzt würden. Endlich muß hier auf die weittragende Bedeutung des Zins- und des Wucher-Verbots für die Entwickelung des Obligationenrechts hingewiesen werden. Von dem Standpunkt aus, daß das Zinsennehmen unchristlich, daß das Geld einen festen, unveränderlichen Werth habe und daß Geld an sich kein Geld erzeugen könne, kam das kanonische Recht und die dasselbe weiter ausbildende Doctrin nicht nur zu dem Verbot des Zinsennehmens, sondern auch dem jedes den Zinswucher verdeckenden Geschäftes und der Aufstellung des Erfordernisses der s. g. „aequalitas dati et accepti“ für zweiseitige Verträge. Die von vielen Romanisten als unberechtigt bezeichnete Ausdehnung der laesio enormis von der Person des Verkäufers auf die des Käufers und vom Kauf auf alle Verträge des eben angedeuteten Charakters findet gerade von dem eben gedachten Gesichtspunkt aus ihre tiefere, innere Begründung. Da jene irrigen wirthschaftlichen Theorien aber der Kirche mit der gesammten Doctrin und der weltlichen Gesetzgebung gemeinsam waren, so wurde das Verkehrsleben, welches schon in den Zeiten des Mittelalters gegen dies Verkennen seiner wirthschaftlichen Gesetze reagirte, gedrängt, sich neue Formen für

die verbotene Capitalsnutzung zu suchen, wie denn — um nur eines Beispiels zu gedenken — die Anfänge der Commanditgesellschaft gerade dadurch entstanden sind, daß der Darleiher sich mit einer Capitaleinlage als Socius bei einem Unternehmen betheiligte, und nun als Dividende das zog, was ihm die Wucherlehre unter dem Namen des Zinses vorenthielt.

Noch maßgebender endlich ist der Einfluß des kanonischen Rechts auf die Gestaltung des gemeinen deutschen Civilprocesses gewesen. Das eigenthümlich und künstlich gestaltete Gebäude desselben, welches allerdings heute in Folge der lebhaften Reformbestrebungen auf diesem Gebiet bereits zum Abbruch bestimmt zu sein scheint, ruht im großen und ganzen auf kanonischer Grundlage, für welche die meisten Bausteine allerdings wieder dem späteren römischen Verfahren entnommen sind. An dieses letztere hat sich die Kirche, als ihre ausgedehnte Competenz die Ausbildung eines geordneten Verfahrens erforderlich machte, gehalten, aber die Natur der vor das Forum der Kirche gehörigen Sachen hat eine Reihe von Modificationen bedingt. Der römische Proceß war auf die Geltendmachung der der freien Parteidisposition unterliegenden Privatrechte berechnet. Um solche, also um Ausbildung eines Civilprocesses handelte es sich aber auf kirchlichem Gebiete nicht. Gehörten auch eigentliche Privatstreitigkeiten (z. B. Vermögensklagen gegen Geistliche) vor das kirchliche Forum, so betraf der wichtigste Theil der Processe doch öffentliche, auf dem Gebiete der Kirche entstandene Rechte (Streitigkeiten über Erwerb von Aemtern, Processe zwischen zwei in zwiespältiger Wahl gewählten Bisthumscandidaten 2c.). Gerade für solche Streitigkeiten suchte die Kirche eine geeignete Procedur zu schaffen, und insofern ist sie liberaler wie der moderne Staat gewesen, als sie alle von ihr anerkannten Rechte im Wege eines geordneten processualischen Verfahrens mit der Möglichkeit einer ausführlichen Darlegung der Ansprüche der Betheiligten geschützt hat, während die meisten Staaten noch heute über wichtige staatsrechtliche Befugnisse ihrer Unterthanen im Wege der geheimen Verhandlung in den Regierungscollegien und der ohne Zuziehung der Betroffenen erfolgenden Decretur befinden lassen. Handelte es sich aber für die Kirche um Ausbildung eines Verfahrens über öffentliche Rechte, so konnte sie beispielsweise keine rein formale Resultate herbeiführenden processualischen Grundsätze anerkennen. Da die Partei über das öffentliche Recht nicht beliebig verfügen konnte, so durfte dem Geständniß, der Eidesdelation, keine den Richter absolut bindende Kraft beigelegt werden. Da, wo zwei Parteien ein und dasselbe Recht z. B. auf ein Amt geltend machten, mußte der, welcher durchdringen wollte, auch immer seine Befähigung und seine Berechtigung darthun, es konnte somit der Satz: actore non probante reus absolvitur, für diese Art von Processen keine Anwendung finden. Die Nothwendigkeit, gerade in diesen, den ganzen Organismus der Kirche berührenden Angelegenheiten, eine einheitliche Praxis durch die oberste Instanz herbeizuführen, führte weiter zu der unbedingten Schriftlichkeit des Verfahrens. Während aber ferner in Rechtsstreitigkeiten des gedachten Charakters eine freie Beurtheilung erforderlich erscheint, hat die kanonische Theorie durch eine starre Gliederung des Verfahrens, durch Vorschreibung einer ganzen Reihe von Solennitäten, und durch die Urgirung des Verhandlungsprincipes dem Richter und den Parteien bei jedem Schritte beengende Fesseln angelegt. Erklärlich wird das nur daraus, daß man in der Aufstellung fester, allgemeiner Regeln allein eine genügende Garantie der Gerechtigkeit fand, und daß das Mißverständniß einer Reihe von römischen Bestimmungen und das Vorbild des germanischen, strenge in bestimmte Abschnitte gegliederten Processes jene Richtung noch unbewußt gefördert haben. Daß jener Drang nach der Aufstellung von allgemeinen Normen und nach dem Ausschluß jeder freien Bewegung in der Zeit lag, ist hinreichend bekannt, und gerade die Entwickelung des Processes bietet dafür ein schlagendes Beispiel, insofern als das kanonische Recht selbst die aus dem römischen Recht übernommene freie Beweistheorie nur durch Aufstellung weniger und mit derselben

nicht absolut unvereinbarer Beweisregeln eingeschränkt, die den Proceß weiter gestaltende Doctrin aber jene Grundsätze durch Entwickelung eines festen Systemes von Normen für die Bildung der richterlichen Ueberzeugung beseitigt und die s. g. formale Beweistheorie geschaffen hat. So sehr das Bemühen des kanonischen Rechts nach Herstellung eines die Gerechtigkeit schützenden Verfahrens anzuerkennen ist, führte doch gerade der Formalismus desselben zu einer endlosen Verschleppung und zu wenig dem materiellen Recht entsprechenden Resultaten. Schon im vierzehnten Jahrhundert mußte man daher auf dem Boden der Kirche selbst wenigstens für diejenigen Sachen, welche eine schleunigere Erledigung erforderten, durch Einführung eines s. g. summarischen Verfahrens, in welchem ein Theil der unnützen Solennitäten und Formen beseitigt wurde, Abhülfe schaffen. Trotz dieser Mängel ist das kanonische Verfahren in Deutschland mit den fremden Rechten recipirt worden, da es im Gegensatz zu dem germanischen Proceß eine rationale Prüfung der Rechtsansprüche durch den Richter ermöglichte. Wenn auch später in Deutschland außer den vom kanonischen Recht schon selbst eingeführten Abkürzungsmitteln noch andere derartige Maßregeln angenommen worden sind, so ist doch damit der Formalismus nicht beseitigt, im Gegentheil durch die beliebten Beschleunigungsmittel eher noch gefördert worden.

VI. Das kanonische Recht in Deutschland und seine Bedeutung für das heutige gemeine deutsche Recht.

In Folge der Entwickelung der geistlichen Gerichtsbarkeit hatte das kanonische Recht schon früh in den Gerichten Deutschlands Eingang gefunden, und das Studium desselben ist hier viel früher als das des römischen Rechts betrieben worden; waren doch bis tief in das funfzehnte Jahrhundert hinein die Juristenfacultäten an den seit dem vierzehnten Jahrhundert gegründeten deutschen Universitäten fast ausschließlich aus Kanonisten gebildet. Mit dieser Geltung in den geistlichen Gerichten war aber die Verbindlichkeit des kanonischen Rechts für die weltlichen noch nicht entschieden. Indessen ganz abgesehen davon, daß einzelne Vorschriften ausdrücklich durch die deutschen Kaiser sanctionirt worden sind, bestanden in Italien die Legisten- und Kanonistenschulen nebeneinander und da das kanonische Recht vielfach den Bedürfnissen der Zeit näher kam und diesen rechtlichen Ausdruck gegeben hatte, so wurden seine Neuerungen auch von den Legisten mit berücksichtigt und es galt bei den mittelalterlichen Juristen Italiens der Grundsatz, daß das kanonische Recht als das jüngere dem römischen Rechte vorgehe. Die freilich noch im zwölften und dreizehnten Jahrhunderte bestehenden Zweifel über das Verhältniß beider Rechte, Anschauungen, wie die, daß die Befolgung der Canones durch den weltlichen Richter wünschenswerth, oder gar in Sachen, welche das Seelenheil beträfen, nothwendig sei, sind mit der später immer mehr abnehmenden Trennung zwischen Legisten und Kanonisten und mit der Unmöglichkeit auf einzelnen Gebieten (z. B. dem Civil- und Criminalproceß) das reine römische Recht allein praktisch zu berücksichtigen und das kanonische ganz bei Seite zu lassen, bald überwunden worden. In der Gestaltung, welche ihm die Lehre der Universitäten gegeben und welche sich in den von Legisten und Kanonisten herrührenden literarischen Werken jener Zeit niedergelegt findet, nicht in seiner ursprünglichen Reinheit, ist das römische Recht und mit ihm zugleich auch das kanonische Recht in Deutschland recipirt und in den weltlichen Gerichten angewendet worden. Auf die Gründe jenes merkwürdigen Processes der Reception der fremden Rechte einzugehen, ist hier nicht nöthig. Es war vielmehr nur die Thatsache zu constatiren, daß das kanonische Recht gleichfalls zu „des Reiches und gemeinen Rechten" gehört hat, deren Beobachtung dem Reichskammergericht schon Ende des funfzehnten Jahrhunderts und den Hofgerichten der einzelnen Landesherren seit dem Anfang des folgenden in den Reichskammergerichts-

und Hofgerichts-Ordnungen aufgegeben wurde. Das weitere Schicksal des kanonischen Rechts in Deutschland in den Händen der weltlichen Jurisprudenz fällt der Darlegung der neueren deutschen Rechtsentwickelung anheim. Was aber die Frage nach seiner heutigen unmittelbaren Anwendbarkeit betrifft, so scheiden, wie die Ausführungen unter V ergeben haben werden, nicht nur die Gebiete des Völkerrechts und Staatsrechts, sondern auch vor allem die des Strafrechts und Strafprocesses aus, auf denen die Codification in unserem Jahrhundert die größte Thätigkeit entfaltet hat. Kaum anders verhält es sich mit dem Civilproceß, denn auf diesem Gebiete hat ebenfalls die spätere Reichsgesetzgebung, Doctrin und Praxis die kanonischen Einrichtungen in so einschneidender Weise umgestaltet, daß der unmittelbaren Anwendbarkeit der meisten, im Corpus iuris canonici niedergelegten Normen (z. B. der Lehre von der Conception des Libells, von der Litiscontestation, von den Positionen, von der Appellation gegen Interlocute u. s. w.) die moderne Gestaltung der Proceßinstitute entgegensteht. Für alle ebengenannten Gebiete ist somit die directe Bedeutung des kanonischen Rechts eine äußerst geringe, wenngleich dasselbe auf die Entwickelung derselben im Mittelalter von hervorragendem Einflusse gewesen ist. Für das Privatrecht wäre heute noch am ehesten eine solche unmittelbare allseitige Geltung der kanonischen Vorschriften denkbar, aber einmal hat die staatliche Gesetzgebung mit manchen, denselben zu Grunde liegenden Anschauungen (so schon die deutsche Reichsgesetzgebung mit dem Zinsverbote) gebrochen, und dadurch sind eine Reihe hierher gehöriger Normen beseitigt worden. Sodann hat auch jener alte Grundsatz von dem Vorrange des kanonischen Rechts namentlich in diesem Jahrhundert gegenüber dem Purismus eines Theils der Civilisten der historischen Schule nicht mehr seine unumschränkte Geltung behaupten können, vielmehr hat man mehrfach als Legitimation für die heutige Geltung des kanonischen Rechts die klare Absicht einer Abänderung des römischen Rechts verlangt und Bestimmungen, welche durch diesen Passirschein nicht gedeckt werden, als Mißverständnisse des römischen Rechts oder als unachtsamer Weise zu weit gefaßte Vorschriften (z. B. die Statuirung der bona fides für die Verjährung persönlicher Klagen und für die Ersitzung der Dienstbarkeiten) in ihrer Anwendbarkeit zu beseitigen gesucht. Von der Unsicherheit, welche dadurch in die Behandlung dieser Frage gekommen ist, gibt die gemeinrechtliche Praxis und jedes neuere Pandektenlehrbuch hinreichend Zeugniß. Freilich muß dabei hervorgehoben werden, daß in dieser restringirenden Theorie sich vielfach nur eine Reaction des modernen Rechtsbewußtseins geltend macht, welches von anderen Auffassungen des Verhältnisses zwischen Recht und Moral und von anderen wirthschaftlichen Anschauungen ausgeht.

Daß das kanonische Recht eine bedeutende culturhistorische Mission gegenüber den Rechtszuständen des Mittelalters erfüllt hat, werden die vorstehenden Andeutungen ergeben haben. Diese ist erfüllt, die gesunden, von ihm entwickelten Gedanken hat die staatliche Gesetzgebung sich zu eigen gemacht, und daß Rechtssätze, welche den Bedürfnissen oder Anschauungen unserer Zeit widersprechen, aus dem heutigen Rechtssystem wieder ausgestoßen werden, ist ein durch die Culturentwickelung gebotener Proceß, welchen die Kirche selbst allerdings beklagen mag, den aber zu hindern, ihre Macht heute nicht mehr ausreicht. —

Literatur: Ein Werk, welches die Entwickelung des kanonischen Rechts nach den vorstehend aufgestellten Gesichtspunkten erörtert, fehlt gänzlich. Für die Geschichte der Quellen sind zu vergleichen: Phillips, Kirchenrecht 4, 1 ff.; Walter, Kirchenrecht §§. 65 ff.; Richter, Kirchenrecht. 6. Aufl. §§. 27 ff. 49 ff.; Schulte, Kathol. Kirchenrecht 1, 267 ff.; über die Entwickelung der kirchlichen Gerichtsbarkeit Richter a. a. O. §§. 207 ff., 212. 220 ff.; Schulte a. a. O. 2, 374 ff, 405 ff.; über den Einfluß des kanonischen Rechts auf die verschiedenen Rechtsgebiete Walter a. a. O. §§. 342 ff.; die betreffenden Völkerrechts-, Strafrechts- 2c. Compendien: einzelnes findet sich auch in Roßhirt, kanonisches Recht, Schaffhausen 1857; dessen Geschichte des Rechts im Mittelalter. Th. I. Canonisches Recht, Mainz 1846, desselben Dogmengeschichte des Civilrechts, Heidelberg 1853.

3.

Geschichte und Quellen

des

deutschen Rechts.

Von

Prof. Dr. Heinrich Brunner
in Lemberg.

Vorbemerkung.

Das römische Recht nennen wir nach einer Stadt, die sich im Lauf der Jahrhunderte zum Universalstaate des Alterthums aufgeschwungen hat. Dem deutschen Rechte gab ein ganzes Volk den Namen, welches einer straffen Zusammenfassung stets entbehrte, auch in der Zeit, als es im Rahmen des deutschen Reiches seine staatsrechtliche Einheit gefunden hatte. Damit ist von vornherein ein tiefgreifender Gegensatz in der Geschichte beider Rechte angedeutet. In Deutschland gebrach es an den Voraussetzungen der einheitlichen und künstlerisch abgeschlossenen Ausbildung des römischen Rechts. Der deutschen Rechtsentwickelung fehlte ein Krystallisationspunkt, wie ihn das römische Recht in der Urbs gefunden. Von oben her war sie fast vollständig sich selbst überlassen. Nie hat ein deutscher Herrscher auf die Rechtserzeugung einen so nachhaltigen Einfluß genommen, wie ihn der Papst als das Haupt einer festgegliederten Hierarchie durch seine Decretalen auf die Gestaltung des kanonischen Rechts ausübte. Umsonst suchen wir in der Geschichte des deutschen Rechts nach einer Periode, da die Justizpflege in den Händen eines absoluten Königthums und eines von ihm abhängigen Juristenstandes centralisirt wurde, wie dies in England unter den normannischen Königen der Fall war. Das deutsche Recht ist sonach im wesentlichen das unmittelbare Erzeugniß des im Volke lebenden Rechtsbewußtseins. Es war vorhanden, ehe es einen nationalen Staat gab, es hat diesen, wenn man das deutsche Reich so nennen darf, überlebt. In seiner Hauptmasse Gewohnheitsrecht, charakterisirt es sich durch eine fast verwirrende Mannichfaltigkeit von Sonderbildungen, durch lebendige Frische und Ursprünglichkeit, durch inniges Anschmiegen an die wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse und durch die Anlage, scharf ausgearbeitete Gegensätze mittelst langsamer Ausgleichung wieder aufzuheben.

Seine Entwickelung selbstständig zu vollenden, war dem deutschen Rechte nicht beschieden. Zu einer Zeit, als es seine Jugendperiode noch nicht überschritten hatte, seit der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts wurde in Deutschland fremdes Recht recipirt, nämlich römisches Recht, kanonisches Recht und langobardisches Lehnrecht. Diese bedeutungsvolle Thatsache rechtfertigt es, mit Rücksicht auf dieselbe die Geschichte des deutschen Rechts in zwei Hauptperioden zu theilen Innerhalb des Zeitraums seiner selbstständigen Entwickelung unterscheiden wir wieder die allgemein germanische Rechtsbildung bis zum Abschluß der Völkerwanderung, die Rechtsbildung in der fränkischen Monarchie und endlich die des deutschen Reiches bis in die Mitte des funfzehnten Jahrhunderts. Für jeden Zeitabschnitt sollen einige einleitende Worte den territorialen und allgemein geschichtlichen Rahmen der ihm zufallenden Rechtsentwickelung feststellen. Daran schließt sich eine kurze Betrachtung der gesellschaftlichen Grundlagen des Staats- und Rechtslebens. Die folgende Stelle ist der Außenseite der Rechtsbildung, also namentlich der Geschichte der Rechtsquellen gewidmet. Sodann sollen die einzelnen Zweige des öffentlichen Rechts, Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Strafrecht und Proceßrecht skizzirt werden. Die Geschichte des Privatrechts wird für die drei Zeitabschnitte vor der Reception der fremden Rechte im Zusammenhange dargestellt, um eine kürzere Fassung zu ermöglichen. Für die Be-

riode seit der Reception muß sich nach der Anlage der Encyclopädie dieser Ueberblick auf die Aufstellung der allgemeinsten Gesichtspunkte beschränken.

(Die Geschichte des deutschen Rechtes wurde zur selbstständigen wissenschaftlichen Disciplin erhoben durch Karl Friedrich Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4 Bde., 5. Aufl. 1843—44. Die seitdem erschienenen compendiöseren Darstellungen haben in geistiger Durchdringung des gesammten Stoffes ihr Vorbild nicht erreicht. Als solche sind zu nennen: Phillips, Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen, 4. Aufl. 1859; Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1858; F. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1857; Gengler, Deutsche Rechtsgeschichte im Grundrisse (unvollendet), 1850; Hillebrand, Lehrbuch der Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte mit Ausschluß der Geschichte der Privatrechtsinstitute, 1856; von Daniels, Handbuch der deutschen Reichs- und Staatenrechtsgeschichte, 1859—1863, unvollendet; Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 1861. — Geschichte des deutschen Rechts, in 6 Bänden bearbeitet von Beseler, Hälschner, Planck, Richter und Stobbe. Bisher erschien nur der erste Band: Die Geschichte der deutschen Rechtsquellen von Stobbe, 1860—64. Einen kurz gefaßten Abriß sucht zu geben Schuler-Liblov, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1868. Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868, ist nach einem so umfassenden Plane angelegt, daß das Werk fast als eine Deutsche Rechtsgeschichte unter dem Gesichtspunkte der Genossenschaft erscheint und in vielen Fragen des öffentlichen Rechts mit Nutzen zu Rath gezogen werden kann. — Unentbehrliches Hülfsbuch sind dem Rechtshistoriker J. Grimm's Deutsche Rechtsalterthümer, 2. Ausg. 1854. — Die leider einzige Bibliographie der deutschen Rechtsgeschichte ist die von Costa, 1858.)

A. Aeußere Rechtsgeschichte und öffentliches Recht bis zur Reception der fremden Rechte.

I. Aeußere Rechtsgeschichte und öffentliches Recht bis zum Abschluß der Völkerwanderung. §. 1. Die älteste deutsche Rechtsgeschichte ist zugleich germanische Rechtsgeschichte. Erst seit der Zeit, da ein Theil der Germanen die heimathlichen Sitze verlassen und auf fremder Erde neue Reiche gegründet hatte, wird der Begriff derselben ein engerer, er bleibt beschränkt auf jene Stämme, die sich an jenen Wanderungen im wesentlichen nicht betheiligten.

Nicht als ein großer nationaler Staat trat das Volk der Germanen in die Geschichte ein; es war vielmehr in eine Anzahl kleinerer Völkerschaften getheilt, deren jede ein selbstständiges politisches Dasein führte. Doch bestand ein Bewußtsein der Zusammengehörigkeit. Es äußerte sich in den Mythen von der Herkunft des Volkes. Seit dem dritten Jahrhundert drängten geschichtliche Ereignisse die vielgespaltene Nation zur Bildung größerer Verbände. Benachbarte und verwandte Völkerschaften schlossen Bündnisse, aus welchen im Laufe der Zeit die Stämme als politische Einheiten herauswuchsen. Salische und ribuarische Franken, Alamannen, Baiern, Thüringer, Sachsen und Friesen sind diejenigen dieser Stämme, welche in Deutschland ansässig blieben, während Gothen, Vandalen, Burgunder, Angelsachsen, Langobarden und andere durch ihre Wanderungen aus dem Gesichtsfelde der deutschen Rechtsgeschichte verschwinden.

(Für alle diesen Zeitraum berührenden Materien oder doch die meisten derselben kommen in Betracht: Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1. Bd., 2. Aufl. 1865; von Bethmann-Hollweg, Ueber die Germanen vor der Völkerwanderung, 1850; Majer, Germaniens Urverfassung, 1798; Weiske, Die Grundlagen der früheren Verfassung Teutschlands, 1836; Sachße, Historische Grundlagen des deutschen Staats- und Rechtslebens, 1844.)

§. 2. Die gesellschaftlichen Zustände der ältesten Zeit bieten die deutlich erkennbare Grundlage einer demokratischen Verfassung. Die Germanen erscheinen als ein Volk von freien wehrhaften Bauern. Ihre Besitzverhältnisse waren gleichförmig. Haus- und Hofstätte befanden sich im Sondereigen des Einzelnen. Am Ackerlande bestand sog. Feldgemeinschaft mit wechselnder Hufenordnung. Als Eigenthümer desselben galt die Gesammtheit der Gemeindegenossen, während dem Einzelnen sein Antheil an der Feldmark

durch periodisch wiederkehrende Verlosung zur Sondernutzung zugewiesen wurde. Weder Sondereigen noch Sondernutzung gab es an der gemeinen Mark, Almende, deren Hauptbestandtheil Wald= und Weideland bildeten. Nach der Völkerwanderung tritt uns ein Sondergut am Ackerlande entgegen, welches sich in der Weise ausgebildet haben mag, daß die wechselnde Hufenordnung eine feste wurde, dem Einzelnen seine Quote ein für allemal belassen ward, und aus seinem Nutzungsrechte ein Eigenthum erwuchs.

Die Bevölkerung gliedert sich in Freie, Liten und Knechte. Letztere sind rechtlos, sie gelten als Sache. Eine Mittelstufe zwischen ihnen und den Freien nahmen die Liten ein, die Halbfreien, ein Stand, welcher freiwilliger Unterwerfung unter den Sieger seine Entstehung verdankt, während gewaltsame Unterjochung den Ursprung der Unfreiheit erklärt. Unter den Freien ragen als eine factisch bevorzugte Klasse die Adeligen hervor, Glieder von Geschlechtern, welche häufig oder durch längere Zeit im Besitz obrigkeitlicher Würden gewesen. Doch fehlt ihnen das Merkmal des Standes, der Genuß erblicher Vorrechte. Erst um die Zeit der großen Wanderungen hat sich bei einzelnen Stämmen die Klasse zum wahren Stande abgeschlossen. Zum deutlichsten Ausdruck gelangten die Standesunterschiede im Wergelde, der Summe, welche zur Sühne des Todtschlags an die Verwandten des Erschlagenen bezahlt wurde. Dem Knechte fehlte es, der Lite hatte nur das halbe Wergeld des Freien. Das volle entsprach noch in späterer Zeit dem Werthe des normalen Besitzthums, der Hufe.

Innerhalb des Staates bildete das Geschlecht, die Sippe eine öffentlich=rechtliche Körperschaft, welche ihren Gliedern Schutz und Sühne gewährleistete. Wurde an einem derselben der Friede gröblich verletzt, so war sie verpflichtet zur Blutrache zu schreiten oder den Anspruch auf das Wergeld zu erheben, welches nach bestimmten Sätzen an die nächsten Verwandten des Erschlagenen vertheilt wurde. Wenn der Uebelthäter außer Stande war, das verwirkte Wergeld zu zahlen, so wurden seine Geschlechtsgenossen zur Zahlung herangezogen. Bei Rechtsstreitigkeiten waren sich die Familienglieder gegenseitig zur Eideshülfe verbunden. So bestand unter den Verwandten eine Art von Gesammtbürgschaft, Magenbürgschaft und bot der enge Verband der Sippe einen Ersatz für den Mangel einer allseitig entwickelten Staatsgewalt.

(Hanssen, Ansichten über das Agrarwesen der Vorzeit bei Falck Neues Staatsbürg. Magazin III, IV, Derselbe in den philolog. und historischen Abhandlungen der Berliner Akademie, 1863 und in der Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, 1865, I.; Roscher, Ansichten der Volkswirthschaft, 1861; Landau, Die Territorien in Bezug auf ihre Bildung ꝛc., 1854; von Löw, Ueber die Markgenossenschaften, 1829; L. v. Maurer, Geschichte der Markenverfassung in Deutschland, 1856; Desselben Einleitung zur Geschichte der Mark=, Hof=, Dorf= und Stadtverfassung ꝛc., 1854; Fr. Thudichum, Die Gau= und Markverfassung in Deutschland, 1860.)

(Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland, 1830; Savigny, Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neueren Europa, 1836; Gaupp, Die germanischen Ansiedelungen und Landtheilungen in den Provinzen des römischen Westreiches, 1844; Konrad Maurer, Ueber das Wesen des ältesten Adels der deutschen Stämme ꝛc., 1846.)

(Konrad Maurer in: Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft III. Vgl. zudem die allgemeine Literatur des ältesten Strafrechts und Proceßrechts.)

§. 3. Das Recht ist in dieser Zeit ein ungeschriebenes, es ist Gewohnheitsrecht. Jeder Freie kannte es in Folge der öffentlichen Rechtssprechung, an welcher Theil zu nehmen seine Pflicht war. Die naiv sinnliche Auffassung, welche selbst in der Sprache des Rechts zum Ausdruck kam, der Reichthum an Formen und Symbolen, in welche sich der Rechtsgedanke kleidete, trugen dazu bei, das Recht im Bewußtsein des Volkes lebendig zu erhalten. Uralt ist ferner die Sitte, den Rechtssatz in Sprichwörter oder Reime zu fassen. — Trotz aller Verwandtschaft war das Recht bei den verschiedenen Völkerschaften in Einzelheiten verschieden. Die Kenntniß des Rechts schöpfen wir für diese Periode aus

den Mittheilungen römischer Schriftsteller, namentlich aus der Germania des Tacitus und außerdem aus einer Vergleichung der Quellen der Folgezeit, welche zum Theil altes Gewohnheitsrecht enthalten, das noch in die Zeiten vor der Völkerwanderung hinaufreicht.

(Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864.)

§. 4. Die Verfassung war allenthalben in ihren wesentlichen Grundzügen eine demokratische, wenn man dabei von der Thatsache absieht, daß ein Theil der Bevölkerung in Knechtschaft lebend des Rechtes darbte und die Waffenfähigkeit die Voraussetzung der vollen Rechtsfähigkeit bildete. In dreifacher Abstufung folgten sich die Ortsgemeinde, die Hundertschaft oder Gaugemeinde und die Landesgemeinde als die politischen Verbände, welchen innerhalb ihrer Sphäre die Leitung der öffentlichen Angelegenheiten zustand. Die Bedürfnisse der Gesammtheit wurden durch die persönlichen Leistungen aller Einzelnen gedeckt. Allgemein waren Wehr- und Gerichtspflicht. Jeder freie Mann leistete unentgeltlichen Kriegsdienst. „Das Heer war das Volk in Waffen." Die Gemeinden selbst übten die Rechtsprechung und jeder war verbunden in der Versammlung, im Ding, zu erscheinen und bei der Urtheilfindung mitzuwirken. Dem Richter oblag nur die Leitung des Dings und die Vollstreckung seiner Urtheile. Der Form nach sind bei den einzelnen Völkerschaften genossenschaftliche Verfassungen und Verfassungen mit Königthum zu unterscheiden. Dort verbürgte das Volk, hier der König den allgemeinen Frieden; dort wurde der Bruch desselben dem Volke, hier dem König gebüßt.

Staaten mit genossenschaftlicher Verfassung hatten im Frieden kein gemeinsames Oberhaupt. Nur für den Kriegsfall wurde ein Herzog gewählt. Die Landesgemeinde entschied hier endgiltig in Landesangelegenheiten, sie beschloß über Krieg und Frieden, sie richtete über todeswürdige Verbrechen, sie wählte die Fürsten, die Vorsteher der Hundertschaften, der nächsten Unterabtheilungen der Völkerschaft. Die Fürsten waren Richter und Heerführer der Hundertschaft; in ihrer Gesammtheit bildeten sie einen Völkerschaftsrath, welchem die Erledigung kleinerer, die Vorbereitung größerer der Landesgemeinde zufallender Sachen oblag. In den Dienst der Fürsten begaben sich freie wehrhafte Männer als Gefolgsleute. Sie schwuren dem Gefolgsherrn Treue und bildeten seine Umgebung im Frieden wie im Kriege. Nur die Fürsten hatten das Recht, ein solches Gefolge zu halten. Nach dem Vorbilde der unter dem Familienvater vereinigten Hausgenossenschaft entwickelte sich in dem Gefolgswesen ein Herrschaftsverhältniß, welches bestimmt war in seiner Fortbildung die Verfassungsgrundlagen total zu verändern.

Das Königthum ist erblich. Doch entschied innerhalb des Königsgeschlechts die Wahl des Volkes. Der König hatte die oberste Heer- und Gerichtsgewalt. Er leitete die Landesversammlung, ohne deren Zustimmung er in wichtigeren Sachen nichts unternehmen kann. Die Stellung der Hundertschaftsvorsteher trat in den Staaten mit Königthum mehr zurück. Allem Anscheine nach legte sich der König das ausschließliche Recht bei, ein Gefolge zu halten. Das Volkskönigthum, ursprünglich auf die östlichen Stämme beschränkt, verdrängte im Laufe der Zeit bei den meisten Völkerschaften die genossenschaftliche Verfassung. Die höhere Kraft, welche die Institution des Königthums dem Staate gewährte, reizte zu bewußter Aenderung der Verfassung. Hie und da wuchs aus einem ständig werdenden Herzogthum allmählig ein Königthum heraus.

(Thudichum, Der altdeutsche Staat, 1862; Waitz, Ueber die principes in der Germania des Tacitus in den Forschungen zur deutschen Geschichte II.; Sybel, Entstehung des deutschen Königthums, 1844; Gaupp, Ansiedlungen, l. c. Gemeiner, Verfassung der Centenen und des fränkischen Königthums, 1855; Dahn, Die Könige der Germanen, 1861—66; F. W. Unger, Die altdeutsche Gerichtsverfassung, 1842.)

§. 5. Das altdeutsche Strafrecht fußte auf dem Gedanken, daß durch die verbrecherische That der durch die Volksgenossen (resp. den König) verbürgte Friede gebrochen wird. In der Regel war es Sache des Verletzten, beziehungsweise des beleidigten Geschlechts sich Genugthuung zu verschaffen. Der Uebelthäter war der Rache des Gegners ausgesetzt, wenn dieser es nicht vorzog, Wergeld oder Buße zu fordern. In leichteren Fällen war das Recht der Rache versagt und nur ein gerichtlicher Anspruch auf Buße begründet. Das Wergeld sühnte namentlich den Todtschlag, sonst waren die meisten bekannten Rechtsverletzungen in Bußzahlen abgeschätzt, welche entweder durch Theilung des Wergeldes entstanden oder auf eine bestimmte nach den verschiedenen Rechten verschiedene Grundzahl zurückführen. Wenn Buße oder Wergeld gerichtlich eingeklagt worden, hatte der Schuldige einen gewissen Betrag, das Friedensgeld, fredus, an die öffentliche Gewalt zu entrichten als Preis für die Wiedererlangung des verwirkten Friedens. Manche Verbrechen waren unsühnbar; sie schlossen den Uebelthäter für immer aus der Friedens- und Rechtsgemeinschaft aus; sie machten ihn friedlos. Er konnte von jedermann bußlos erschlagen werden, denn er galt als wolfsfrei, „gerit caput lupinum." Wo die Gesammtheit direct verletzt war, machte sie sofort ihr Verhältniß zum Friedlosgewordenen geltend, indem sie den Landesfeind zu tödten beschloß, mitunter durch Priesterhand den Göttern opfern ließ.

Vorwiegend hielt sich das Strafrecht an den äußeren Erfolg der That. Der allgemeine abstracte Begriff des Versuchs war dem altdeutschen Rechte fremd. Der Versuch war straflos, soweit nicht einzelne bestimmte Versuchshandlungen als selbstständige Uebelthaten minderer Strafbarkeit, also formell als vollendete Verbrechen behandelt wurden. Die Strafen werden noch später mitunter in peinlicher Weise nach dem Erfolge der Handlung bemessen. So heißt es z. B. in dem der folgenden Periode angehörigen Volksrechte der ribuarischen Franken: Wenn jemand derart verwundet wurde, daß ein Knochen aus der Wunde trat, welcher auf 12 Fuß Entfernung an einen Schild geworfen, diesen ertönen macht, so hat der Schuldige 36 Solidi als Buße zu zahlen. Die Aeußerlichkeiten der That entschieden über die Natur des Verbrechens. So qualificirte sich der Todtschlag als Mord, wenn der Thäter die Spuren des Verbrechens zu verbergen suchte.

(Wilda, Strafrecht der Germanen, 1842; von Woringen, Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts, 1836; Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I., Geschichte, 1861; Köstlin, Das germanische Strafrecht, 1859, und Zeitschrift für Deutsches Recht, XII. u. XIV.; Böhlau, Nove Constitutiones domini Alberti, Beilage VI., Ueber die Entwickelung der Strafrechtsidee bis zum Landfrieden von 1235, 1858.)

§. 6. Neben der processualen Geltendmachung des Rechts bestand für gewisse Fälle das Recht der Selbsthülfe, welches sich als Fehde zum Zwecke der Rache oder als Pfändungsrecht äußerte. Die Rechtsverfolgung vor Gericht zeichnete sich durch einen einfachen aber strengen Formalismus aus. Das Verfahren war öffentlich und mündlich und ruhte vollständig auf dem Verhandlungsprincipe. Enge begrenzt war die Autorität des Gerichts; sie wurde zum Theil ersetzt durch den rechtlichen Zwang des Formenwesens. Ohne Mitwirkung des Gerichts lud der Kläger in förmlicher Weise seinen Gegner zum Rechtsstreite. Vor Gericht standen die Parteien bei ihren Proceßreden in unmittelbarem Verkehr. In feierlichen Worten und unter Anrufung der Götter erhob der Kläger seinen Klagevorwurf und beschwor sodann den Beklagten ihm auf die Klage zu antworten. Als Antwort wurde nur eine volle Bejahung oder volle Verneinung der Klageworte betrachtet, mit welchen sie formell genau übereinstimmen mußte. Einwendungen waren sohin von der Antwort ausgeschlossen. Soweit sie später gestattet werden, gelangen sie als ein rechtmäßiges Verweigern der Antwort, als Vertheidigung gegen das Verlangen der Antwort zum Ausdruck. Durch eine der Parteien aufgefordert geben die Dingleute das Urtheil. Dieses ist Beweisurtheil,

sofern es die Beweisfrage regelt, es ist zugleich Endurtheil, sofern es bestimmt, was je nach dem Ausgang des Beweisverfahrens zu geschehen habe (iuret aut componat). Die Partei, welche mit dem Urtheile unzufrieden ist, mag dasselbe schelten, d. h. eine Klage wegen ungerechten Urtheils gegen den Urtheilfinder einbringen, welche durch Zweikampf entschieden wird.

Dem Inhalte des Urtheils entsprechend, schlossen die Parteien vor Gericht einen Vertrag, in welchem die Beweisführung, beziehungsweise die Befriedigung des Gegners, angelobt wurde. Den Beweis erbrachte die Partei der Partei und nicht dem Gerichte. Die Beweismittel waren demnach formal, so daß ihr Ergebniß einer richterlichen Ueberprüfung nicht bedurfte. In der Regel hatte der Beklagte die Beweisrolle. Er schwur sich von dem Klagevorwurf durch seinen Eid frei, den er entweder als Eineid oder mit einer bestimmten Zahl von Eideshelfern ablegte, welche schwuren, daß sein Eid rein und unmein sei. Nur wenn der Schuldige auf handhafter That ertappt worden, bewies sofort der Kläger dessen Schuld mit seinen Eideshelfern. Der Begriff der Zeugen war ein sehr beschränkter. Als solche galten Männer, welche bei Vornahme einer rechtlichen Handlung zur Stätigung derselben beigezogen worden (Geschäftszeugen) und Nachbarn, die über gemeindekundige Verhältnisse und Ereignisse aussagten (Gemeindezeugen). Zufällige Wahrnehmung genügte nicht, um die Zeugenqualität zu begründen. Die Zeugen des Klägers schlossen den Eid des Beklagten aus. Brachten beide Theile bezüglich derselben Thatsache Zeugen, so gingen die des Beklagten vor. Der Zeugeneid war assertorisch, sein Inhalt durch das Urtheil festgestellt. Subsidiär kamen als Beweismittel Gottesurtheile zur Anwendung. Als solche kannte man Feuer= und Wasserordalien, das Loosordal und den Zweikampf War der Beklagte berechtigt und bereit, sich durch einen Eid mit Eideshelfern von der Klage loszuschwören, so konnte ihm in wichtigeren Sachen der Kläger den Weg zum Eide durch die Herausforderung zum Zweikampfe verlegen. Ebenso durfte gegen den Zeugen des Gegners eine Meineidsklage erhoben werden, welche kampfbedürftig war, d. h. nur durch gerichtlichen Zweikampf entschieden werden konnte.

Der Beklagte, welcher auf die Vorladung vor Gericht nicht erschien, verfiel in eine Buße, wenn er nicht sein Ausbleiben durch echte Noth (Sunnis) entschuldigen konnte. Fortgesetzter Ungehorsam zog ihm Friedloslegung zu. Diese trat auch ein, wenn die Partei sich weigerte, die Erfüllung des Urtheils anzugeloben. Unmittelbare Zwangsvollstreckung zur Durchführung des Urtheils war dagegen nur unter der Voraussetzung zulässig, daß jenes Erfüllungsgelöbniß abgegeben wurde. Dann nahm das Gericht die Pfändung des säumigen Schuldners vor und übereignete dem Gläubiger die gepfändeten Mobilien auf Grund vorausgegangener Schätzung. Der Grundbesitz war damals noch nicht Gegenstand der Realexecution.

(Rogge, Ueber das Gerichtswesen der Germanen, 1820; Lud. Maurer, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen Gerichtsverfahrens, 1824; Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, 1857; Sohm, Der Proceß der Lex Salica, 1867; v. Bethmann=Hollweg, Civilproceß des gemeinen Rechts, IV, der germ.=roman. Civilproceß im Mittelalter, I, 1868; Sachße, Das Beweisverfahren nach deutschem mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters, 1855; Konrad Maurer, Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten, Kritische Ueberschau V.; Majer, Geschichte der Ordalien, 1795; Wilda, in Ersch und Grubers Encyclopädie s. v. Ordalien; Hildenbrand, Die purgatio canonica und vulgaris, 1841; Unger, Der gerichtliche Zweikampf, 1847; Dahn, Studien zur Geschichte der germanischen Gottesurtheile, 1857; Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts, 1845.)

II. **Aeußere Rechtsgeschichte und öffentliches Recht bis zur Auflösung der fränkischen Monarchie.** §. 7. Von unscheinbaren Anfängen aus gelangte der Stamm der salischen Franken zu weltgeschichtlicher Bedeutung. Das frän=

kische Reich unterwarf sich die sämmtlichen übrigen Stämme Deutschlands und absorbirte — das westgothische Spanien ausgenommen — der Reihe nach die Staaten, welche germanische Völker auf dem römischen Continente gegründet hatten. Mit der Christianisirung der Germanen trat eine neue Macht in ihr Rechtsleben ein, die Kirche. Im Bündnisse mit derselben stellte Karl der Große, nachdem er factisch die germanisch-romanische Weltmonarchie geschaffen, das abendländische Kaiserthum wieder her. Nach Karls Tode zeigte sich aber das Reich seinen Aufgaben nicht mehr gewachsen, es erlag seiner eigenen Größe und löste sich in fünf kleinere Reiche auf. Eines derselben bildeten die rein deutschen Stämme, welche sich Arnulf, einen Karolinger, zum König setzten. Seit dieser Zeit gab es ein deutsches Reich.

(Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte II, III, IV, 1. Aufl. 1847—61; Dönniges, Das deutsche Staatsrecht und die deutsche Reichsverfassung, 1842; Warnkönig und Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, 1846—48; Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, 1859; Löbell, Gregor von Tours und seine Zeit, 2. Aufl. 1869; Unger, Gesch. des öffentlichen Rechts in den Landen zwischen Niederrhein und Niederelbe bis 840, 1840.)

§. 8. Die Berührung mit der römischen Cultur, die Annahme des Christenthums, die Erwerbung römischen Gebietes und die Erstarkung der königlichen Gewalt brachten tiefgreifende Aenderungen in den socialen Verhältnissen des Volkes hervor. Die alte Gleichförmigkeit der Besitzverhältnisse verschwand. Durch die Eroberungen wurde der König großer Grundbesitzer und durch ihn wurden es getreue Franken, die er für geleistete Dienste mit Grund und Boden belohnte. Die Kirche, welche man in Gallien als Großgrundbesitzer vorfand, setzte sich in dieser Eigenschaft auch in den deutschen Stammlanden fest. Der Gegensatz zwischen dem grundbesitzenden Adel Galliens, den senatorischen Geschlechtern und einem landlosen Proletariat übte seine Rückwirkung auf die Verhältnisse bei den Germanen. Abgesehen von alledem mußte nach der Auftheilung des Ackerlandes die Natur der Dinge eine Ungleichmäßigkeit der Besitzverhältnisse herbeiführen. Wie somit einerseits ein großer Grundbesitz entstand, wurde andererseits der Normalbesitz verringert, da er die auf ihm haftenden öffentlichen Lasten nicht mehr zu ertragen vermochte.

Hand in Hand hiermit ging eine Zersetzung der bisherigen Ständegliederung. Innerhalb des Kreises der Freien bildeten sich persönliche Schutz- und dingliche Abhängigkeitsverhältnisse. Schutzbedürftige Freie begaben sich als Mundmannen in die Schutzherrschaft eines Mächtigen; sie bezahlten den gewährten Schutz mit einem fixen Zinse und galten zufolge dieser Standesvormundschaft nicht mehr als vollfrei. Besitzlose Freie ließen sich von einem Grundherren gegen Zinspflicht Grund und Boden verleihen. Solche freie Hintersassen waren dann gleichfalls nicht mehr vollfrei und stellten sich wirthschaftlich durch die Abhängkeit vom Herrenhofe den hörigen und leibeigenen Hintersassen des Grundherren zur Seite.

Neben diesen Abhängigkeitsverhältnissen niederer Ordnung entstand in der Vassallität ein Schutz- und Dienstverhältniß, in dem Beneficialwesen ein Leiheverhältniß höherer Ordnung, wie es zwischen freien Leuten ohne Schmälerung ihrer vollen Freiheit eingegangen werden konnte.

Während ein Theil der Freien unter das Niveau der gemeinen Freiheit hinabsank und die Kluft zwischen Freiheit und Unfreiheit ausfüllen half, stieg ein anderer Theil über den Stand der Gemeinfreien empor. Es entwickelten sich nämlich die Ansätze eines neuen Adels, dessen Entstehungsgrund der Königsdienst war. Dieser gab höhere Rechte, zumal höheres Wergeld, mochte er nun durch Uebernahme eines königlichen Amtes oder durch Eintritt in die königliche Gefolgsgenossenschaft begründet werden. Mit dem Erblichwerden dieser und analoger Verhältnisse sind alle Merkmale des höheren Standes ge-

geben. Der alte Geschlechtsadel, welcher sich bei einigen Stämmen als Stand herausgebildet hatte, verschwand, soweit er nicht in den neuen Dienstadel aufging.

Die Sippe verlor in dieser Zeit erstarkender Staatsgewalt ihre öffentlich-rechtliche Bedeutung. Die Fehde zum Zweck der Rache wurde so sehr eingeengt, daß sie keinen Spielraum mehr fand. Dem Festhalten des Grundbesitzes innerhalb der Familie setzte die Gesetzgebung die volle oder doch eine beschränkte Veräußerungsfreiheit von Grund und Boden entgegen. Im Widerstreite mit dem exclusiven Familiengeiste brachte die Kirche mit Hülfe des Staates ein ausgedehntes Verbot der Verwandtschaftsehen in Geltung.

(Roth, Geschichte des Beneficialwesens, 1850; Ludw. v. Maurer, Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, I, 1862; Chabert, Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder, Denkschriften der Wiener Akademie, III, IV; Laboulaye, Histoire du droit de propriété foncière en Occident, 1839; Guérard, Polyptique de l'abbé Irminon ... avec des prolégomènes pour servir à l'histoire de la condition des personnes et des terres ... 1836 ff.; Naudet, De l'état des personnes en France sous les rois de la Ière race, (Mémoires de l'Institut, Acad. des Insc. et belles lettres t. VIII); Schupfer, Degli ordini sociali e del possesso fondario appo i Longobardi, Sitzungsberichte der Wiener Akademie, XXXV.)

§. 9. Innerhalb des fränkischen Reiches erhielt sich die Besonderheit des Rechts nach Nationalitäten und nach Stämmen. Für die Wechselbeziehungen der Unterthanen verschiedenen Rechts entwickelte sich das Princip der Persönlichkeit des Rechts, demzufolge jeder nach dem Rechte beurtheilt wurde, in welchem er geboren worden war.

Reichlich fließt in dieser Periode die Quelle des geschriebenen Rechts. Allenthalben machten die neuen Lebensverhältnisse das Bedürfniß rege, neues Recht zu setzen und das bestehende Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Gesetzes- und Urkundensprache ist die lateinische. Unter den Rechtsquellen dieser Zeit sind zu unterscheiden: die s. g. Volksrechte, Leges Barbarorum, bei welchen die Satzung und Fixirung des Rechts vom Volke ausging oder doch in der Regel unter Betheiligung des Volkes stattfand, ferner die Verordnungen der fränkischen Könige und Hausmaier und endlich juristische Privatarbeiten.

1) **Die Volksrechte.** Das älteste derselben, die Lex Salica, stammt aus einer Zeit, da die salischen Franken noch Heiden waren und das Königthum sich noch wenig entwickelt hatte: Anhaltspunkte, welche mit anderen auf das dritte Viertel des fünften Jahrhunderts als Entstehungszeit hinweisen. Die älteren Texte enthalten die s. g. Malbergische Glosse, Einschiebsel von altdeutschen Worten, welche den praktischen Gebrauch der Lex durch Erläuterung und Ergänzung des Textes erleichtern sollten. Die ursprüngliche Gestalt der Lex wurde in der Folge, entsprechend der eintretenden Umbildung des altsalischen Rechtes vielfach verändert. Die jüngste Fassung wird als Lex Salica emendata vel reformata bezeichnet. — Das Volksrecht der ribuarischen Franken kam durch mehrmalige Satzung zu Stande. Der älteste Bestandtheil rührt vermuthlich aus dem Anfange des sechsten Jahrhunderts und enthält noch altes ribuarisches Bußsystem. Ein zweiter Theil wurde Ende des sechsten Jahrhunderts nach dem Vorbilde der Lex Salica ausgearbeitet; in ihm findet sich das jüngere salische Bußsystem, welches das altribuarische verdrängt hatte. Das siebente und achte Jahrhundert brachten neue Zusätze. — Ein fränkischer Gau, das Hamaland, hatte sein Sonderrecht, welches Ende des achten oder Anfang des neunten Jahrhunderts aufgezeichnet wurde und als Ewa oder Lex Francorum Chamavorum bezeichnet wird. — Die älteste Satzung der Alamannen ist der s. g. Pactus, welcher vor Chlothar II. entstand. Unter diesem (613—622) kam eine neue Satzung zu Stande, welche den Pactus in sich aufnahm, die Lex Alamannorum Hlothariana. Herzog Lantfried von Schwaben unterzog sie Anfang des achten Jahrhunderts einer Revision (?), deren Ergebniß die Lex Al. Lantfridana ist. Eine

neue Recension entstand unter Karl dem Großen, die Lex Alam. Carolina. — Der Stamm der Baiern erhielt eine Satzung vor der Mitte des siebenten Jahrhunderts, welche das alamannische Volksrecht benützte und Theile der Lex Wisigothorum nach Reccareds Redaction in sich aufnahm und außerdem spätere Bestimmungen, in welche fränkischer Einfluß bemerkbar ist. — Die Lex Angliorum et Werinorum hoc est Thuringorum wurde in karolingischer Zeit für das südlich der Unstrut gelegene Thüringen abgefaßt, welches von den thüringischen Stämmen der Anglen und Warnen bewohnt war. — Die Lex Saxonum kam nach Unterwerfung der Sachsen unter die fränkische Herrschaft zu Stande. Ob sie durch einmalige oder mehrmalige Satzung entstand ist streitig. — Die Lex Frisionum wurde in ihrer ursprünglichen Gestalt im achten Jahrhunderte für Mittelfriesland erlassen. Später kamen Zusätze für die beiden Seitenlande und die Aussprüche von zwei Rechtskundigen, die Additiones Saxmundi et Wulemari, hinzu. — Die genannten Volksrechte enthalten zum größten Theile Bußbestimmungen; sie wollten den damaligen Rechtszustand nicht in erschöpfender Weise darstellen, sondern beschränkten sich auf jene Rechtssätze, zu deren Fixirung eine besondere Veranlassung vorlag.

2) **Die Verordnungen** der fränkischen Könige und Hausmaier. In merovingischer Zeit führen sie verschiedene Bezeichnungen; die karolingischen nennen sich Capitularien. Man unterscheidet Capitula missorum, Instructionen für die königlichen Missi, Capitula per se scribenda, eigentliche Verordnungen, welche den Nachfolger des Königs, der sie erließ, nicht binden, und Capitula legibus addenda, welche gleich den Volksrechten gesetzliche Kraft haben sollten. Ein Privatmann, Abt Ansegisus von Fontanella, machte 827 eine Sammlung von Capitularien Karls des Großen und Ludwigs des Frommen, ein Werk, zu welchem etwa 20 Jahre später der Levite Benedict von Mainz eine angebliche Nachtragssammlung veranstaltete, die sich zum größten Theile als eine in kirchlichem Interesse unternommene Fälschung erweist. In Italien, wo Ansegis nicht in Gebrauch kam, wurde 1000—1014 eine Sammlung der daselbst in Geltung gekommenen Capitularien gemacht, welche man Capitulare schlechtweg oder Capitulare Langobardorum nannte.

3) **Juristische Privatarbeiten.** Sie beschränkten sich hauptsächlich auf die Zusammenstellung von Formeln für Urkunden, in welchen sich das germanische Rechtsleben an das römische anschloß. Solcher Formelsammlungen sind uns mehrere erhalten. Im fränkischen Reiche wurde namentlich die des Mönches Marculf aus der Mitte des siebenten Jahrhunderts stark benutzt.

Als Burgunder, Langobarden und ein Theil der Westgothen unter fränkische Herrschaft kamen, blieb ihnen ihr nationales Recht. Die Gesetzgebung bei den Burgundern rührt zum größten Theile von König Gundobad († 516); nach ihm wird die Lex Burgundionum auch als Lex Gundobada bezeichnet. — Das langobardische Recht wurde zuerst unter König Rothari aufgezeichnet und 643 unter dem Namen Edictus publicirt. Unter dessen Nachfolgern kamen Zusätze von Grimoald, die umfassende Gesetzgebung Liutprands und einige Gesetze der Könige Ratchis und Aistulf hinzu. Aus diesem Edictus Langobardorum wurde 829—832 für den Gebrauch des Herzogs und Markgrafen Eberhard von Friaul ein Rechtsbuch verfertigt, welches die denselben Gegenstand betreffenden Gesetze der einzelnen Könige zusammenstellt und sich deshalb Concordia de singulis causis nennt. Auf Grund des Edicts, der Capitularien und späteren Königsgesetze entwickelte sich in Italien eine rege juristische Thätigkeit, welche in der Rechtsschule zu Pavia ihren Ausgangspunkt hatte. Mit dem Edicte wurde das Capitulare Langobardorum zu einem Ganzen, dem Liber legis Langobardorum (Liber Papiensis), verbunden. Zwischen 1019 und 1037 entstand für Schulzwecke eine

Sammlung, die dem Gesetzestexte Glossen und Gerichtsformeln beifügte. Für den Gerichtsgebrauch wurde bald nach 1070 ein reichhaltiger Commentar (Expositio) zum Liber Papiensis verfaßt. Eine neue Form erhielt das Rechtsbuch als s. g. Lombarda vor 1100, welche den Rechtsstoff systematisch ordnete, gleichfalls glossirt und im zwölften Jahrhundert commentirt wurde. — Für die Westgothen erließen die Könige Eurich, Leovigild und Reccared (586—601) eine Reihe von Gesetzen, welche durch letzteren einer zusammenfassenden Redaction unterzogen wurden. Seit Chindaswind (642—653) ist die Gesetzgebung für Gothen und Römer gemeinsam. Recceswind (649—672) ließ aus dem gesammten damals vorliegenden Material ein neues Gesetzbuch ausarbeiten, welches dessen Nachfolger regelmäßig republicirten.

Die römische Bevölkerung, die Kirche und der Klerus lebten nach römischem Recht. Für die Römer des Westgothenreichs ließ Alarich 506 das römische Recht in der Lex Romana Wisigothorum (Breviarium Alaricianum) zusammenstellen. Durch Chindaswind wurde zwar die Giltigkeit derselben aufgehoben; allein sie kam bei der römischen Bevölkerung des fränkischen Reiches in lebhaften Gebrauch. Im Anschluß an das Breviarium entstand in Churrhätien die Lex Romana Curiensis. Es verdrängte selbst in Burgund die daselbst 506—534 erlassene Lex Romana Burgundionum (Papianus). In Italien war unter der Herrschaft der Ostgothen um 500 das Edictum Theodorici entstanden, Gothen und Römer in gleicher Weise bindend. Nach dem Sturze des ostgothischen Reiches gerieth es in Vergessenheit und brachte die oströmische Herrschaft die Justinianischen Rechtsbücher in Geltung, welche auch im langobardischen Reiche in Kraft blieben.

(Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I, 1860; Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter; Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer, I. Ueber die Familien der altgerm. Volksrechte, 1834. — Ueber die älteren Collectivausgaben der Rechtsquellen dieser Periode s. Stobbe l. c. 8 ff; Georgisch, Corpus juris Germ. antiqui, 1738, eine früher viel gebrauchte Handausgabe, auf welche Grimm in den Rechtsalterthümern seine Citate stellt; F. Walter, Corpus juris Germ. antiqui, 1824. Eine Gesammtausgabe stellen die Monumenta Germaniae in Aussicht.

Lex Salica. Ausg. Pardessus, Loi Salique, 1843; Merkel, Lex Salica, 1850; Waitz, Das alte Recht der salischen Franken, 1846. — Vgl. Herrmann Müller, Der Lex Salica und der Lex Angliorum et Werinorum Alter und Heimath, 1840.

Lex Ribuaria. Kritische Ausg. fehlt. Synoptisch mit der Lex Salica bei Laspeyres, Lex Salica, 1833. — Vgl. Rogge, Observationes de peculiari Legis Rib. cum Salica nexu, 1823; Sohm, Ueber die Entstehung der Lex Ribuaria in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, V, 380.

Lex Francorum Chamavorum, herausgeg. von Gaupp, 1855. — Vgl. Pertz, Das Xantener Recht in den Abhandlungen der Berliner Akademie, 1846; Zöpfl, Die Ewa Chamavorum, ein Beitrag zur Kritik und Erläuterung ihres Textes, 1856.

Lex Alamannorum, herausgeg. von Merkel in den Mon. Germ. Leges, III. — Merkel, De republica Alamannorum, 1849; Rozière, in der Revue historique de droit français et étranger, I.

Lex Baiuwariorum, herausgeg. von Merkel in den Mon. Germ. Leges, III. — Roth, Ueber die Entstehung der Lex Baiuwariorum, 1848; Merkel, Das bairische Volksrecht (Pertz, Archiv, XI); Petigny, in der Revue hist., II. Waitz, Götting. Nachr. 1869, 8.

Lex Angliorum et Werinorum, herausgeg. von Merkel, 1851, und von Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer, 1834. Vgl. Freih. v. Richthofen, Zur Lex Saxonum, 1868, Beilage V, und Herm. Müller, l. c.

Lex Saxonum, herausgeg. von Merkel, 1853, und von Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen in Verbindung mit einer kritischen Ausgabe der Lex Saxonum, 1837. — Usinger, Forschungen zur Lex Saxonum, 1867; Freih. v. Richthofen, Zur Lex Saxonum, 1868.

Lex Frisionum, herausgeg. von Freih. v. Richthofen, in den Mon. Germ. LL. III. — De Geer, Ueber die Zusammensetzung der Lex Frisionum in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VIII.

Ausgaben der Capitularien und ihrer Sammlungen: Baluze, Capitularia Regum Francorum, 1677, und Pertz, in den Mon. Germ. LL. I, II. — Vgl. Boretius, Die Ca-

pitularien im Langobardenreich, 1864, und den Abschnitt: De capitularibus ... in Italia editis in der Praefatio zu dessen Ausgabe des Liber Papiensis in Mon. Germ. LL. IV, 46 ff.
Formelsammlungen: Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs, 1859. Vgl. Sickel, Acta Regum et Imp. Karolinorum, I, §. 42 ff. 1867.
Lex Gundobada, herausgeg. von Bluhme in den Mom. Germ. LL. III.
Edictus Langobardorum, herausgeg. von Bluhme in den Mon. Germ. LL. IV. Liber legis Langob. Papiensis dictus, herausgeg. von Boretius l. c. Concordia und Lombardae rubricae, herausgeg. von Bluhme l. c. Baudi a Vesme, Edicta regum Langob., 1855 (in den Monum. hist. patriae), abgedruckt von Neigebaur, 1855. Die Lombarda-Commentare, herausgeg. von Anschütz, 1855. — Vgl. Merkel, Geschichte des Langobardenrechts, 1850; Siegel, Die Lombarda-Commentare in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie, XL.
Lex Wisigothorum. Kritische Ausgabe fehlt. Die zugänglichste bei Walter C. J. G. Portugaliae Monumenta. Leges. Vol. I, Olisopone 1856. Vgl. Helfferich, Entstehung und Geschichte des Westgothenrechts, 1858.
Lex Romana Wisigothorum ed. Haenel, 1847. Lex Rom. Curiensis l. c. Vgl. Stobbe, De lege Romana Utinensi, 1853; Capitula Remedii aus dem Anfang des neunten Jahrhunderts, herausgeg. von Wyß im Archiv für schweizerische Geschichte, VII.
Lex Romana Burgundionum, herausgeg. von Bluhme in den Mon. Germ III.
Edictum Theodorici bei Rhon, Commentatio ad Ed. Theod., 1816.)

§. 10. Ursprünglich war auch bei den Franken mit dem Erbrechte des Königsgeschlechtes das Wahlrecht des Volkes verbunden. Seit Chlodowech tritt dieses zurück. Sind mehrere erbberechtigte Glieder der Dynastie vorhanden, so wird die Reichsverwaltung unter dieselben getheilt. Die fortwährenden Wirren und Thronstreitigkeiten der merovingischen Theilkönige begünstigten das Emporkommen einer einflußreichen Grundaristokratie. Anfangs von ihr getragen, dann unabhängig von ihr, zogen die Majores domus die königliche Gewalt an sich, bis endlich 752 der letzte Hausmaier Pippin sich selbst zum König aufschwang und die Krone in seinem Hause erblich machte. Im Gegensatze zu dem herkömmlichen Theilungsprincipe erforderte die Idee des Kaiserthums, welches auf dem Gedanken der Universalmonarchie beruhte, die Einführung der Individualsuccession. Die Divisio von 817, welche einen Compromiß zwischen diesen Gegensätzen versuchte, erwies sich als unausführbar und nach aufreibenden Kämpfen wurde 843 im Vertrage von Verdun das alte Theilungsprincip wieder zur Geltung gebracht.

Das germanische Volkskönigthum hat im fränkischen Reiche einem Königthum anderer Auffassung Platz gemacht, welches durch die von seinem Impulse ausgehenden Eroberungen seine Macht derart erhöht, daß es die Fülle der Staatsgewalt in sich vereinigt. Die Rechte des Königthums äußerten sich, entsprechend seiner Aufgabe, den Frieden im Innern und nach Außen zu schützen, zumal als Gerichtsbann und Heerbann. Bann ist aber das Recht, bei Strafe zu gebieten und zu verbieten. Bann heißt ein derartiger Befehl selbst und endlich auch die Folge seiner Uebertretung. Die Nichtbeachtung des Königsbannes hatte in der Regel eine Buße von 60 solidi zur Folge. Anfangs wurde der Königsbann nur angewendet, um zur Erfüllung bereits feststehender öffentlicher Pflichten anzuhalten. Später sanctionirten die Könige durch denselben Verordnungen, welche das bestehende Recht ergänzten und benützten sie ihn, um für gewisse Unthaten die in den Leges vorgeschriebene Strafe durch die Bannbuße zu erhöhen. Zu den genannten Befugnissen kamen noch das Münzrecht, das Recht auf Verkehrsabgaben und das Recht auf herrenloses Gut.

Das Staatsrecht der fränkischen Monarchie war hauptsächlich Verwaltungsrecht. Die oberste Reichsverwaltung führte der König selbst. Er saß zu Gericht, hielt Heerschau, führte den Heerbann. Im Königsgerichte der merovingischen Zeit spielte der Pfalzgraf als Urtheilfinder eine hervorragende Rolle. Unter den Karolingern leitete er ein selbstständiges Gericht, auf welches ein Theil der Geschäfte des Königsgerichtes über-

gegangen war. Ueber wichtigere Angelegenheiten berieth sich der König mit den Großen des Reichs auf den Hoftagen, die im Anschluß an Hoffestlichkeiten stattfanden. Im März, später im Mai wurde Heerschau abgehalten (März=, Maifeld). Bei dieser Gelegenheit machte man dem versammelten Volke Mittheilung über wichtigere Entschlüsse, mitunter deshalb, um sich die Acclamation zu verschaffen, ein Vorgehen, in welchem das einzige Moment der fränkischen Verfassung liegt, das an die Stellung der alten Landesversammlung erinnert.

Das Reich zerfiel in eine große Anzahl von Grafschaften. An der Spitze eines solchen Verwaltungsbezirkes stand der Graf, ein vom König ernannter Beamter, welcher als Richter fungirte, den Heerbann der Grafschaft aushob und anführte, die fiscalischen Einkünfte eintrieb und ablieferte. Im eigenen Wirkungskreise hatte er nur einen Bann von 15 solidi. Von den Gerichtsgefällen behielt er ein Drittel für sich. Unter ihm standen die Centenarii, die Hundertschaftsvorsteher, welche die niedere Gerichtsbarkeit ausübten, während die Causae majores, d. i. Fälle, wo es sich um Leben, Freiheit, Grundbesitz und Eigenleute handelte, vor den Grafen gelangten. An den Reichsgrenzen war ein Gebiet von der Ausdehnung mehrerer Grafschaften in die Hände eines Markgrafen gelegt, um einen kräftigeren Schutz derselben zu ermöglichen.

Ein wirksames Mittel zur Centralisirung der Reichsverwaltung schuf Karl der Große in dem Institute der Missi dominici. Schon früher hatten die Könige von Fall zu Fall Bevollmächtigte mit Specialaufträgen in einzelne Reichstheile geschickt (Missi ad hoc). Karl machte hieraus ein organisches Glied der Verwaltung, indem er das Reich in große missatische Sprengel theilte, von denen jeder durch zwei Missi, einen geistlichen und einen weltlichen Großen regelmäßig bereist wurde. Diese hatten die Thätigkeit der ordentlichen Beamten, zu controlliren und zu ergänzen und hielten, mit der außerordentlichen Gerichtsgewalt des Königs versehen, ihre Gerichtstage ab. Die Einrichtung gerieth später in Verfall, wurde aber im westfränkischen Reiche mehrmals erneuert.

Eine geordnete Finanzverfassung sucht man im fränkischen Reiche vergebens. Staatsgüter und Privatgüter des Königs wurden nicht unterschieden, wie überhaupt nicht die öffentlich=rechtliche und privatrechtliche Stellung des Königthums, ein Charakterzug, der sich in der Folge auch dem Beamtenthum mittheilte. Die römische Steuerverfassung ließ man verfallen. Tribute abhängiger Völkerschaften, freiwillig dargebrachte Ehrengeschenke, das Erträgniß des Königsgutes, Gerichtsgefälle und Verkehrsabgaben bildeten das Einkommen des königlichen Fiscus, welches im wesentlichen zur Bestreitung der Hofhaltungskosten verwendet wurde. Im übrigen war das Gemeinwesen auf die persönlichen Leistungen der Unterthanen angewiesen. Diese sind dem König in gleicher Weise zur Treue verpflichtet, welche Verpflichtung durch einen allgemeinen Treueid von Zeit zu Zeit bekräftigt wurde. Neben Heer= und Gerichtsdienst bildeten gewisse Naturalleistungen die sog. functiones publicae eine allgemeine Verbindlichkeit der Unterthanen. Die Gleichheit der öffentlichen Pflichten konnte sich aber angesichts der eingetretenen Ungleichheit der Besitzverhältnisse nicht auf die Dauer halten. Dingfolge und Heerfolge wurden für die ärmeren Freien eine unerschwingliche Last. In karolingischer Zeit kamen diese Uebelstände zum Durchbruch. Die allgemeine Gerichtspflicht mußte auf drei allgemeine Gerichtsversammlungen im Jahre beschränkt werden; im übrigen wurde sie durch die Anwendung ständiger Urtheilfinder, der Schöffen, ersetzt. Die persönliche Leistung des Heerdienstes wurde von einem bestimmten Vermögensmaße abhängig gemacht, während Aermere durch Entrichtung einer Beisteuer für Ausrüstung eines Wehrmannes von der persönlichen Heerfolge frei wurden, eine Maßregel, welche zum dauernden Erfolg hatte, daß jene, die den Heerdienst nicht

selbst leisten konnten, mit einer ständigen Abgabe belastet, eine Schmälerung ihrer vollen Freiheit erlitten.

Schon unter den Merovingern war es politische Nothwendigkeit geworden, die Großen durch Schenkung von Krongütern an das Königthum zu fesseln. Als die fortwährenden Vergabungen, welche volles Eigenthum des Beschenkten begründeten, das Krongut erschöpft hatten, griff die Staatsgewalt auf das Kirchengut, von dem ein großer Theil zum Zwecke von Vergabungen eingezogen wurde. Diese erfolgen von Seite der Karolinger nicht mehr zu Eigenthum, sondern nur zu Beneficium, d. h. sie begründen ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht des Beliehenen, welches nach dessen Tode (Mannfall) nicht auf die Erben überging und mit dem Tode des Verleihers (Herrenfall) erlosch. Mit dem Beneficialwesen — und nicht blos der König, auch die Kirche und weltliche Große verliehen Beneficien — trat ein anderes selbstständiges Verhältniß, die Vassallität in Verbindung. Die Aufnahme von Gefolgsgenossen (Antrustiones) war in merovingischer Zeit ein ausschließliches Recht des Königs. Eine Fortbildung dieser Einrichtung ist die karolingische Vassallität, ein Schutz- und Dienstverhältniß, begründet durch einen Treueid und den symbolischen Act der Commendation, welches nicht blos dem König, sondern auch Unterthanen gegenüber eingegangen werden konnte. Der Vassall verpflichtete sich seinem Herrn zu Diensten, welche keine Schmälerung der vollen Freiheit involvirten. Die hauptsächliche Bedeutung des Verhältnisses liegt im Kriegsdienste. Indem es Sitte wurde, jedem Vassallen ein Beneficium zu geben und für jedes Beneficium Vassall zu werden, sind beide Einrichtungen miteinander verschmolzen. Das Product dieser Factoren ist das Lehnwesen. Schon früh neigt es zur Erblichkeit, da bei Herren- und Mannfall die Leihe in der Regel erneuert wurde. In rascher Ausdehnung ergriff es nicht nur den Grundbesitz, es begann auch die Aemterverfassung zu zerfressen. Zuerst wurde der mit dem Grafenamte verbundene Grundbesitz, die pertinentia comitatus als Beneficium behandelt. Nachdem hiermit das Amt eine privatrechtliche Basis gewonnen hatte, nahmen die Amtsbefugnisse selbst allmählig den Charakter des Lehens an.

Eine weitere Umgestaltung erlitt das Wesen der Reichsverwaltung durch die Ausbildung der Immunität. Den Ausgangspunkt derselben bildete die Stellung des Königsgutes, welches nicht unter den Grafen, sondern unter besonderen Gutsverwaltern stand und von allen öffentlichen Lasten und Abgaben frei war. Durch königliches Privileg ging die Immunität auf die Kirchengüter über; durch das Beneficialwesen gelangten die weltlichen Großen in ihren Besitz, indem das Beneficium als Eigenthum der Krone insofern den Charakter des Krongutes beibehielt. Die Immunität dehnte sich dann dem Inhalte und dem Umfange nach aus. Noch in fränkischer Zeit erhielten die Immunitätsherren die niedere, später theilweise auch die höhere Gerichtsbarkeit über ihre Hintersassen. Des ferneren gelangten die Immunitätsbezirke zu territorialer Abgeschlossenheit durch Kauf, Tausch, Schenkung, Vergewaltigung oder endlich dadurch, daß den Herren die öffentliche Gewalt über die auf freiem Eigenthum innerhalb des Bezirkes ansässigen Grundbesitzer übertragen wurde.

(H. Schulze, Geschichtliche Entwickelung der fürstlichen Hausverfassungen im deutschen Mittelalter; Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VII; Pertz, Geschichte der merowingischen Hausmeier, 1819; Schöne, Amtsgewalt der fränkischen Majores domus, 1856; Bonnel, De dignitate majoris domus, 1858; Pernice, De comitibus palatii commentatio, 1863; Eichhorn, Ursprüngliche Einrichtung der Provincialverwaltung im fränkischen Reich; Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, VIII; Thudichum, Die Gau- und Markverfassung in Deutschland, 1860; De Roye, De missis dominicis, 1744; Bürde, De missis dominicis, 1853; Dobbert, Ueber Missi dominici, 1861; Hüllmann, Deutsche Finanzgeschichte des Mittelalters, 1805; Birnbaum, Die rechtliche Natur des Zehnten aus den Grundeigenthumsverhältnissen des römischen und fränkischen Reiches entwickelt, 1831; Ilse, Geschichte des deutschen

Steuerwesens, I. Staatsabgaben, Zeit der Carolinger, 1844; Dönniges, Ueber einige Punkte der Form der Gesetzgebung und die Wirkungen des Heerbannes rc., 1844; Stenzel, Versuch einer Geschichte der Kriegsverfassung Deutschlands im Mittelalter, 1820; Peucker, Das deutsche Kriegswesen der Urzeiten in seinen Verbindungen und Wechselwirkungen mit dem gleichzeitigen Volks= und Staatsleben, 1860; Waitz, Anfänge der Vassallität, 1856; Roth, Geschichte des Beneficialwesens, 1850; Roth, Feudalität und Unterthanverband, 1863; Roth, Die Säcularisation des Kirchengutes unter den Carolingern im Münchner historischen Jahrbuch, 1865; L. v. Maurer, Geschichte der Frohnhöfe rc.; Sickel, Beiträge zur Diplomatik, III, IV: Mundbriefe, Immunitäten und Privilegien der ersten Carolinger, 1864; V: Die Immunitätsrechte nach den Urkunden, 1865; Montag, Geschichte der staatsbürgerlichen Freiheit oder der Rechte des gemeinen Freien, des Adels und der Kirchen Deutschlands, 1812; Heinrich Brunner, Das gerichtliche Exemtionsrecht der Babenberger. Anhang: Die Immunität, 1864.)

§. 11. Große theoretische Fortschritte machten im fränkischen Reiche die Strafrechtsideen, eine Entwickelung, bei welcher die Gesetzgebung vielfach der an den alten Anschauungen festhaltenden Rechtsüberzeugung des Volkes vorauseilte. Die Idee von der allgemeinen Strafgewalt des Staates und der Gedanke, daß durch das Verbrechen die Gesammtheit verletzt werde, äußern sich bereits in dem Bestreben, das Gebiet der öffentlichen Strafen zu erweitern, das der übrigen Vergeltungsarten einzuengen. Die Friedlosigkeit hörte auf, Strafe zu sein und wurde nur mehr im Ungehorsamsverfahren angewendet. Das Recht der Rache verschwand in Folge weitreichender Beschränkungen. Auf gewisse Verbrechen wurde Vermögensconfiscation gesetzt, andere wurden bei Strafe der Bannbuße verpönt, welche im Laufe der Zeit mit dem Friedensgelde zusammenfloß. In vielen Fällen traten Leibes= und Lebensstrafen an Stelle der Privatbußen. Doch wurde es gestattet, die Strafe um Geld abzulösen, wobei die Lösungssumme nicht wie die Buße an die Partei, sondern an das Gericht fiel. Die Taidigungen, Richtungen, d. i. die außergerichtliche Abfindung des Verletzten mit dem Uebelthäter, wurden beschränkt zum Theil schon darum, damit dem Fiscus der Anspruch auf das Friedensgeld nicht entgehe. Endlich ermöglichte die Einführung des Rügeverfahrens die Verfolgung von Verbrechern auch dann, wenn der Verletzte seinen Schaden verschwieg.

(Vgl. die oben für das altgermanische Strafrecht angeführte Literatur. — Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden, 1863.)

§. 12. Die Aenderungen, welche das Proceßrecht dieser Zeit erfuhr, beziehen sich

1) Auf die Christianisirung der Proceßformalitäten. Die heidnischen Formen wurden ausgemerzt und durch christliche ersetzt. Die Kirche bemächtigte sich der Ordalien und stattete sie mit christlichem Ceremoniel aus. Vorübergehend wurde ein specifisch christliches Ordal, die Kreuzprobe, eingeführt, aber 817 wieder abgeschafft.

2) Auf eine Steigerung der gerichtlichen Autorität. Die Vorladung des Beklagten durch den Kläger (die Mannitio) wurde — einige Fälle ausgenommen — durch gerichtliche Vorladung (Bannitio) ersetzt. Der indirecte Strafzwang gegen den Contumax machte einer unmittelbaren Zwangsvollstreckung durch Pfändung oder Verhaftung Platz. Erstere wurde auch auf Immobilien ausgedehnt, indem man die Güter des Säumigen in Beschlag nahm (Missio in bannum) und falls er sie nicht binnen Jahr und Tag aus dem Banne zog, für den königlichen Fiscus einzog, der sie unter Umständen zur Befriedigung des Klägers verwendete. Soweit die Friedlosigkeit noch verhängt wird, erscheint sie als Entziehung des Königsschutzes. In directem Gegensatz zum Verhandlungsprincipe des Rechtsganges wurde in karolingischer Zeit die Inquisitio eingeführt. Der königliche Beamte wählte eine Anzahl glaubwürdiger Gemeindegenossen aus, welche auf ein eidliches Wahrheitsversprechen hin inquirirt wurden. Diese Inquisitio benutzte man in Verwaltungsangelegenheiten und im Processe. Sie kam u. a. als Rügeverfahren in Anwendung, um Verbrechen auf die Spur zu kommen, hinsichtlich deren keine oder doch keine formell giltige Privatklage vorlag. Der Gerügte reinigte sich durch Eid mit Helfern, eventuell

durch ein Ordal. Wurde er beweisfällig, so trat Bestrafung von Amts wegen ein, ebenso im Fall der handhaften That, wenn ein Privatkläger fehlte.

3) Auf die Reform des Beweisverfahrens. Der Eidhelferbeweis wurde erschwert, indem man einen Theil der Schwörenden vom Gegner wählen ließ. In bestimmten Fällen gestattete man dem Gegner des Beweisführers die Zahl der Eidhelfer zu überbieten und diesen hierdurch zum Aufgeben der Beweisrolle oder zum Schwur mit der gleichen Anzahl von Eidhelfern zu zwingen. Um die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses zu erhöhen, wurde die Zeugenfähigkeit von einem bestimmten Vermögensmaß abhängig gemacht, wurde ferner ein Verhör der Zeugen vorgenommen, ehe man sie zum Eide zuließ, und wurde die Aufstellung von Gegenzeugen für zulässig erklärt Wenn letzterenfalls die Aussagen der Zeugen und Gegenzeugen nicht übereinstimmten, entschied der Zweikampf zweier Zeugen. Der Beweis durch Urkunden hatte die Natur des Zeugenbeweises. Der Gegner des Producenten konnte die Urkunde schelten — Königsurkunden ausgenommen —, woraufhin Urkundenschreiber und Zeugen die Wahrheit des Inhalts durch gerichtlichen Zweikampf erhärten mußten.

Besondere processuale Grundsätze konnten im Königsgerichte und in den als Emanationen desselben erscheinenden Gerichten des Pfalzgrafen und der königlichen Missi in Anwendung kommen. Der König war befugt, im einzelnen Falle die Formen des strengen Rechtes außer Kraft zu setzen und nach Billigkeit entscheiden zu lassen, so wie überhaupt Proceßprivilegien zu ertheilen. So gab er in den Mundbriefen jenen, die er in höheren Schutz aufnahm, das Reclamationsrecht, das ist das Recht, einen Proceß aus dem Gaugerichte an das Königsgericht zu ziehen, damit er dort secundum aequitatem entschieden werde. Proceßvorrechte genoß ipso jure das Königsgut. Bei Streitigkeiten um dasselbe wurde das formale Beweisverfahren mit seinem Duell ausgeschlossen und kam die erwähnte Inquisitio als Beweismittel zur Anwendung. Im Wege des Privilegs wurde dieses Recht zahlreichen Kirchen zu Theil und durch königliches Mandat konnte in jedem einzelnen Processe um Grundbesitz, Freiheit und Eigenleute die Inquisitio angeordnet werden. Die ordentlichen Missi hatten allgemeine Vollmacht in ihren Placitis den Inquisitionsbeweis anzuwenden und waren in dieser Beziehung Wittwen, Waisen und Hilfsbedürftige ihrer besonderen Obsorge empfohlen.

(Von Daniels, System und Geschichte des französischen und rheinischen Civilproceßrechtes, 1849; Derselbe: Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt, 1848; Köstlin, Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, 1849; Dove, Die fränkischen Sendgerichte, in seiner und Friedbergs Zeitschrift für Kirchenrecht, IV; Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornengerichte, 1827; Heinrich Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis, 1866, und Wiener Sitz.-Ber. LI.)

III. Aeußere Rechtsgeschichte und öffentliches Recht des deutschen Reiches bis in die Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts. §. 13. Ungefähr ein halbes Jahrhundert lang nach Auflösung der fränkischen Monarchie hatte das deutsche Reich um seine Constituirung zu ringen. Als Heinrich I. die Grundlagen des Reiches dauernd gefestigt hatte, erlangte dieses in raschem Aufschwung die unbestrittene Vorherrschaft in Europa. Italien und Burgund gelangten in das Verhältniß der Realunion zu Deutschland. Seit Otto I. gab die deutsche Königskrone den Anspruch auf die Kaiserwürde. Allein gerade diese universale Stellung führte auf die Dauer zu einer Schwächung des deutschen Königthums. Das Papstthum wurde aus einem Schützling zum Gegner und begann im Bündniß mit den deutschen Fürsten den Kampf um die Oberhoheit der Kirche über die weltliche Gewalt. Die dadurch herbeigeführte Nothwendigkeit fortwährenden Eingreifens in die italienischen Wirren zog das deutsche Königthum von seinen nationalen Aufgaben ab. Während es in der Fremde in unfruchtbarem

Streite seine Kraft verzehrte, wucherte in Deutschland die Landeshoheit auf. Nach dem Untergange der Staufer hat es das Königthum selbst bereits verlernt, den Gedanken der Reichseinheit in sich zu verkörpern. Da nämlich nunmehr die Königswahlen von einem Geschlechte zum andern springen, beuten die Könige mit Rücksicht darauf, daß die Krone ihrem Hause nicht verbleiben werde, ihre Stellung zu Gunsten ihrer Hausmacht aus. So wirkte die Centralgewalt selbst für die Erhöhung der Territorialgewalten und gab sie das Beispiel particularistischen Strebens. Die Reichsstände sahen sich jetzt im eigenen Interesse genöthigt, das des Reiches wahrzunehmen, welches, im Königthum keinen rechten Halt mehr findend, allmählig auf föderativer Grundlage umgebaut wurde und den Charakter einer Staatenrepublik annahm.

(Dönniges, Das deutsche Staatsrecht und die deutsche Reichsverfassung, 1842 (bis ins zwölfte Jahrhundert).)

§. 14. Zu dem wirthschaftlichen Gegensatze von großem, mittlerem und kleinem Grundbesitze traten zahlreiche Unterscheidungen in der rechtlichen Qualification des Besitzes. Der Zug der Zeit ging auf Verdinglichung ihrer Natur nach nicht dinglicher Rechtsverhältnisse. Fast alle öffentlichen Rechte und Pflichten wurden auf Grund und Boden radicirt. Das subjective Recht wurde Gerechtsame, die Verpflichtung wurde zur Last. Das öffentliche Recht hat darum in dieser Periode einen wesentlich privatrechtlichen, einen sachenrechtlichen Charakter.

Der größere Theil von Grund und Boden stand im Nexus der Leiheverhältnisse. Er wurde so zu sagen auf den Stufenbau der Lehnshierarchie gestellt, auf welchem der kleinere Besitz vom größeren abhängig war. Nicht blos der Mann, auch das Gut hatte seinen Heerschild. In Gemeinschaft mit ausgedehnten Hoheitsrechten bildete der Besitz, mit welchem das zum Lehen gewordene Fürstenamt ausgestattet war, die reale Grundlage des Fürstenthums. Als rechtlich höher qualificirte Besitzthümer erscheinen ferner die großen Grundherrschaften mit mehr oder minder ausgedehnter Gerichtsbarkeit über die Hintersassen, sowie die Güter, welche zum Schöffenamte und zur Leistung des Reiterdienstes befähigten. Der kleinere Besitz war mit vogteilichen Lasten beschwert. Auf der untersten Stufe standen die niederen Leiheverhältnisse aus dem Gebiete des Hofrechts.

Einen andern Entwickelungsgang nahmen die Besitzverhältnisse innerhalb der Stadtmauern. Hier vollzog sich zuerst der Uebergang von der ausschließlichen Naturalwirthschaft zur Geldwirthschaft. Während der bäuerliche Grundbesitz immer mehr belastet wurde, hat sich in den Städten der ursprünglich unfreie Besitz allmählig entlastet, indem die gegen Zinspflicht verliehene Baufläche allmählig in das Eigenthum des Beliehenen überging und das ursprüngliche Eigenthum des Verleihers sich in ein Rentenrecht umwandelte, welches schließlich der Ablösung anheimfiel. Daß aber der Bezug von Zinsen, früher ein Annex eines dinglichen Rechtes am Gute, zum Gegenstande eines selbstständigen Rechtes werden konnte, lag in der steigenden Bedeutung der Fahrhabe überhaupt begründet, welche in den Städten zuerst neben dem Grundbesitze einen selbstständigen wirthschaftlichen Werth erlangte und nicht mehr wie früher als bloßes Zubehör desselben betrachtet werden konnte.

Auf den dargestellten Besitzgrundlagen ruhte die ständische Gliederung dieser Zeit. Unter den Freien war sie eine andere nach Landrecht, eine andere nach Lehnrecht. Landrechtlich hatten den höchsten Stand die Fürsten. Als solche galten vor 1180 Erzbischöfe, Bischöfe und Reichsäbte, Herzoge, Markgrafen und Grafen, mochten sie nun ihre Lehen unmittelbar vom König oder von einem anderen Fürsten haben. Gleichzeitig mit der Zertrümmerung des Stammesherzogthums, wie sie sich durch den Sturz Heinrichs des Löwen vollendet, trat hierin eine Aenderung ein. Seit 1180 bildete sich nämlich der

jüngere Reichsfürstenstand, der die Reichsunmittelbarkeit voraussetzte, so daß nur jene weltliche Herren als Fürsten galten, die mindestens eine Grafschaft unmittelbar vom König zu Lehen trugen und keines anderen weltlichen Fürsten Lehnsmannen waren. Auf die Fürsten folgten nach Sachsenrecht die freien Herren, dann die schöffenbar Freien, der Ueberrest der altgermanischen gemeinen Freiheit, ferner die Pfleghaften, freie aber zinspflichtige Grundbesitzer, welche unter Vogtei standen, und endlich die Landsassen, welche kein Eigen hatten, fremden Grund und Boden bebauten, ohne an die Scholle gebunden zu sein und ohne einer anderen als der öffentlichen Gerichtsbarkeit zu unterstehen. In Süddeutschland kannte man gegen Ende des dreizehnten Jahrhunderts unterhalb des Standes der Fürsten nur freie Ritter, die wieder entweder hochfrei oder mittelfrei sind, und freie Bauern. Früher als in Norddeutschland trat hier der Beruf neben dem Grundbesitz als Factor des Ständewesens auf und bestimmte das Ritterthum die Scheidung der Bevölkerungsklassen, eine Entwickelung, die sich dann später auch in Sachsen vollzog.

Einen besonderen Stand bildeten die Ministerialen, die Dienstmannen. Ursprünglich waren sie Leibeigene, welche zu höheren Diensten, seit Ausbildung des Reiterdienstes vorzüglich zu diesem verwendet wurden. Die ritterliche Beschäftigung hob sie gesellschaftlich auf eine Stufe mit den ritterbürtigen Freien, eine Stellung, mit welcher das rechtliche Merkmal der Unfreiheit seltsam contrastirte. In Süddeutschland konnten nur Fürsten Ministerialen im eigentlichen Sinne haben. Wo diese Regel galt, schieden sich die unfreien Ritter in zwei Stände, indem den Ministerialen die übrigen als Milites, Ritter schlechtweg gegenübergestellt wurden. Seit dem dreizehnten Jahrhundert glich sich der Abstand zwischen der socialen und rechtlichen Lage der Ministerialen allmählig aus. Sie traten in den Kreis der freien Ritter ein und lieferten das hauptsächliche Contingent für den niederen Adel der neueren Zeit, dessen Stammbaum somit in der Regel auf ursprüngliche Leibeigenschaft zurückweist.

Die lehnrechtliche Ständescheidung schildern uns die Rechtsbücher des dreizehnten Jahrhunderts in dem System der Heerschilde. Den ersten Heerschild hebt der König. Im zweiten stehen die Pfaffen-, im dritten die Laienfürsten; nach dem Sachsenspiegel haben den vierten die freien Herren, den fünften die schöffenbar Freien und die Ministerialen der freien Herrn, den sechsten die Mannen der Inhaber des fünften Schildes; der siebente Schild bleibt unbenannt. Nach dem Schwabenspiegel stehen im vierten die Hochfreien, im fünften die Mittelfreien, im sechsten die Ministerialen, im siebenten alle übrigen ritterfähigen Leute. Die praktische Bedeutung des Heerschildsystems lag aber darin, daß niemand von einem Heerschildgenossen Lehen nehmen konnte, ohne seinen Schild zu erniedern und aus der bisherigen Schildgenossenschaft auszuscheiden. Als lästige Schranke gegen den Verkehr mit Lehen wurden die Heerschildregeln zuerst durch Scheingeschäfte umgangen, um dann seit dem vierzehnten Jahrhundert allmählig in Vergessenheit zu gerathen.

In den Städten schloß die Ständegeschichte damit ab, daß die anfänglichen Unterschiede der Geburtsstände verschwanden und aus der Aufhebung der ursprünglichen Gegensätze ein freies standesgleiches Bürgerthum hervorging. Anfangs schied sich die Stadtbevölkerung in freie Geschlechter, Ministerialen des Stadtherrn und unfreie oder hörige Handwerker. Seit letztere persönlich frei geworden, bildet sich für die Städte der Grundsatz: Luft macht frei, d. h. ein Unfreier, der sich Jahr und Tag unbehelligt in der Stadt aufhielt, gilt für frei. Die altfreien Geschlechter, mit welchen sich die Ministerialen verschmolzen, wenn sie nicht völlig aus der Stadt verdrängt wurden, standen vorerst als die bevorrechtete Klasse der Vollbürger den Handwerkern gegenüber. Diese aber organi-

sirten sich in Zünften und Gilden und eröffneten den Kampf um die rechtliche Gleichstellung mit den Vollbürgern, dessen Ergebniß allenthalben die Bildung eines einheitlichen Bürgerstandes war.

Während sich so in den Städten die alte genossenschaftliche Freiheit erhielt und in ihrer Fortentwickelung auch die Bevölkerung tiefer stehender Rechtskreise in sich aufnahm, wuchsen an den Höfen der Grundherren die verschiedenen ständischen Elemente, Schutzbefohlene, freie, hörige, leibeigene Hintersassen in Eine hörige Gemeinde zusammen, für welche sich ein gemeinsames Recht, das Hofrecht, ausbildete.

(Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten, 1861; Ficker, Vom Reichsfürstenstande, 1861; Stobbe, Die Stände des Sachsenspiegels in der Zeitschrift für deutsches Recht, XV; von Fürth, Die Ministerialien, 1836; Ficker, Vom Heerschilde, 1862; Nitzsch, Ministerialität und Bürgerthum, 1859; Roth von Schreckenstein, Das Patriciat in den deutschen Städten, 1856; L. v. Maurer, Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, II, III, IV, 1862—63.)

§. 15. Das geschriebene Recht der vorigen Periode kam im Laufe dieser außer Gebrauch. Die Umgestaltung der Verfassungsgrundlagen, die neuen Standesverhältnisse, die mit dem Culturzustande sich ändernden Rechtsanschauungen schoben die Rechtssätze der Leges und Capitularien, auch wenn sie sich gewohnheitsrechtlich festgewurzelt hatten, allmählig bei Seite. Das Recht ist bis ins dreizehnte Jahrhundert vorzugsweise wieder ungeschriebenes Recht, durch Schöffensprüche fortgebildet, in zweifelhaften Fällen durch Aufnahme eines Weisthums festgestellt, das ist durch eine Aussage über geltendes Gewohnheitsrecht, welche auf amtliche Inquisitio hin von glaubwürdigen, rechtskundigen Männern abgelegt wird.

Die Rechtsbildung nahm denselben Gang wie die politische Entwickelung, den Gang der Vereinzelung und des Particularismus. Abgesehen von der aus der vorigen Periode überkommenen Besonderheit der Stammesrechte schieden sich für gewisse Rechtsverhältnisse, für bestimmte Bevölkerungsklassen und für einzelne Territorien neue Rechtsgebiete aus, welche mit der Bildung von Sondergerichten zusammenhängen. Streitigkeiten aus dem Lehnsverhältnisse, sowohl des Herrn mit dem Lehnsmann als auch der Lehnsmannen untereinander, kamen vor das Lehnsgericht, an welchem der Herr als Richter, die Lehnsmannen als Urtheiler fungirten. Das hier zur Ausbildung gelangende Recht ist das Lehnrecht, der Gegensatz zum Landrechte, welches in den öffentlichen Gerichten der Grafschaft und der Hundertschaft gehandhabt wurde. Streitigkeiten aus den Dienst- und Gutsverhältnissen der Grundholden wurden im Hofgerichte des Grundherrn entschieden. Der Beamte desselben, der Vogt, Schulze oder Maier, war Richter, die Dorfgenossen fanden das Urtheil. Da auf der einen Seite die Leibeigenen rechtsfähig wurden, auf der andern die Gerichtsbarkeit des Herrn durch die Immunität auch die übrigen Hintersassen mit ihrer gesammten Rechtssphäre erfaßte, dehnte sich das Hofrecht auf sämmtliche Rechtsbeziehungen der Hofgenossen aus. Die Dienstmannen standen zu Recht vor dem Gerichte ihres Dienstherrn, welches gleichfalls Hofgericht hieß. Mit der steigenden Bedeutung der Ministerialität streiften sie die Schranke des Dienstrechtes ab und wurden bezüglich ihrer Lehen des gemeinen Lehnrechts, im übrigen des Landrechts theilhaftig.

In den Städten lebten vor Entwickelung des dem deutschen Rechte eigenthümlichen Stadtbegriffes die freien Geschlechter nach Landrecht, die Ministerialen nach Dienstrecht, die Handwerker nach Hofrecht. Auf verschiedenen Wegen bildete sich in den einzelnen Städten für sämmtliche Einwohner ein gemeinschaftliches Gericht, mit welchem der Ausgangspunkt für ein den Städten eigenthümliches Recht gegeben war: „Von nun an sind alle mit Einem Rechte begriffen, die in dem Weichbilde gesessen sind". Hie und da haben sich selbstständige Stadtrechte (Urrechte) entwickelt. Viele Städte dagegen empfingen ihr

Recht durch Bewidmung, d. h. indem sie sich das in einer anderen ausgebildete Stadtrecht übertragen ließen. Auf diesem Wege bildeten sich ausgedehnte Stadtrechtsfamilien. Die Mutterstadt blieb gewöhnlich als Oberhof in dauernder Verbindung mit der Tochterstadt. Wenn nämlich die Schöffen dieser des Rechtes nicht weise waren, fragten sie um Rechtsbelehrung bei den Schöffen der Mutterstadt an, oder legten ihnen geradezu den Rechtsfall zur Entscheidung vor. Lübeck, Magdeburg, Eisenach und Frankfurt waren die berühmtesten Oberhöfe. Deutsches Stadtrecht drang auch über die Grenzen des Reiches in die benachbarten slavischen und ungarischen Lande ein. Die zahlreichen Colonien, welche die Deutschen hier gründeten, wahrten sich das deutsche Stadtrecht. In Polen wurde magdeburgisches Recht wesentliches Merkmal des Stadtbegriffes und verpflanzte es sich als Stadtrecht κατ᾽ ἐξοχήν selbst in Städte mit vollständig undeutscher Bevölkerung. Auch Dörfer erlangten hier das jus teutonicale und von den Städten aus gingen deutsche Rechtssätze in das Gewohnheitsrecht der Adelsgerichte Polens über.

Als mit dem Emporkommen der Landeshoheit sich innerhalb der Stammesgebiete selbstständige Territorien ausgeschieden hatten, bildete sich in einigen derselben ein vom allgemeinen Stammesrechte verschiedenes Territorialrecht, für welches das landesherrliche Gericht den Krystallisationspunkt abgab. So haben sich z. B. in Baiern, wo die Zersetzung des Stammesrechtes am meisten wirkte, für Oesterreich, Salzburg, Oberbaiern und Steiermark besondere Territorialrechte entwickelt. Abgesehen hievon hat mancher kleinere Landstrich, manch einzelner Gau sein Sonderrecht hervorgebracht.

Seit dem dreizehnten Jahrhundert taucht in Deutschland geschriebenes Recht in Masse auf. Seinem Ursprunge nach ist es entweder Satzung, oder einfache Rechtsaufzeichnung oder juristische Bearbeitung des Rechtes (Rechtsbücher).

Das Reichsrecht liefert bis in das dreizehnte Jahrhundert nur spärliche Quellen. Thätiger wurde die Gesetzgebung in der Zeit der Staufer, welche einzelne ihrer Gesetze behufs größerer Verbreitung dem Corpus juris civilis einfügen ließen. Die eigentlichen Reichsgesetze (Constitutiones) wurden mit der auf den Reichstagen ertheilten Zustimmung der Großen des Reiches erlassen. In den ausschließlichen Wirkungskreis des Königs fielen die Mandate und Privilegien. Die Urtheile des Königsgerichtes zählen als Rechtsquelle, sofern die in zweifelhaften Fragen getroffene Entscheidung für künftige gleichartige Fälle als Norm dienen sollte. Der Thätigkeit des Königsgerichtes verdanken auch die Reichssentenzen ihre Entstehung, Fürstenweisthümer, welche allgemeine Aussprüche über Rechtsfragen enthalten. Dem Inhalte nach haben wir unter den Reichsgesetzen hauptsächlich zu unterscheiden: 1) Verfassungsgesetze. Als solche sind zu nennen: das Wormser Concordat von 1122, die Constitutio de regalibus von 1158, die Confoederatio cum principibus ecclesiasticis von 1220, das Statutum in favorem principum von 1231—32, die Constitutio de jure et excellentia imperii von 1338, die goldene Bulle von 1356. — 2) Strafgesetze, insbesondere Landfriedensgesetze, „der erste Ansatz zu einem gemeinschaftlichen gesetzlichen Rechte". Die Reichsgewalt war nicht in der Lage, den zahlreichen Fehden und Störungen des öffentlichen Friedens auf normalem Wege zu steuern. Die Könige sahen sich daher genöthigt, in kürzeren Zwischenräumen auf eine bestimmte Anzahl von Jahren Landfriedensgesetze zu erlassen, deren Aufrechthaltung sie selbst beschworen und von den Großen beschwören ließen. Je mehr das Königthum sank, desto mehr nahmen die Landfrieden den Charakter beschworener Einungen zwischen König und Reichsständen an. Sie enthalten nicht blos Bestimmungen über Friedensbruch, sondern auch sonstige strafrechtliche, processuale und polizeiliche Vorschriften. Der älteste für Deutschland erlassene Landfrieden wurde 1103 zu Mainz auf vier Jahre beschworen. Auf ihn folgen als die wichtigsten ein Landfrieden Heinrichs V.

von 1121—22, einer von Friedrich I. von 1156, die Constitutio contra incendiarios von 1187, zwei Landfrieden König Heinrichs VII. von 1224(?) und 1234. Auf letzterem fußt die berühmte Constitutio Moguntina, welche Friedrich II. 1235 zu Mainz erließ und im fünfzehnten Jahrhundert der Jurist Nicolaus Wurm glossirte. Sie bildet die Grundlage der späteren Landfrieden, deren nach dem Interregnum eine große Zahl theils allgemeiner, theils particularer Geltung vereinbart wurde. 1495 kam auf einem Reichstage zu Worms ein ewiger Landfrieden zu Stande, welchen man auf folgenden Reichstagen mehrmals republicirte, erläuterte und mit Zusätzen versah.

Rechtsbücher. Die juristische Bearbeitung des Rechtes hat ihren Ausgangspunkt in der epochemachenden Darstellung des Sachsenrechtes, welche uns im Sachsenspiegel vorliegt. Diesen verfaßte um das Jahr 1230 ein Schöffe der Grafschaft Billingshohe, der Ritter Eike von Repkow. Er schrieb sein Werk zuerst in lateinischer Sprache, um es dann auf Veranlassung des Grafen Hoyer von Falkenstein in niedersächsischer Mundart abzufassen. Der Sachsenspiegel zerfällt in ein Landrechts- und in ein Lehnrechtsbuch. Die Darstellung des Dienst-, Hof- und Stadtrechtes hat der Verfasser aus seinem Unternehmen ausgeschlossen. Die lateinische Vorlage des Landrechts fehlt uns. Die des Lehnrechts ist uns in dem s. g. Vetus auctor de beneficiis erhalten. Im Gegensatze zu den rechtlichen Neubildungen seiner Zeit hält Eike mit Vorliebe an den von den Vorfahren überlieferten Traditionen fest. Auf Grund des Sachsenspiegels entstand in Süddeutschland um die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts der Spiegel der deutschen Leute, eine Arbeit, welche sich nicht auf ein einzelnes Stammesrecht beschränkt, sondern allgemein deutsches Recht darstellen will. Der Sachsenspiegel Landrechts ist darin bis II, 12, §. 13 den süddeutschen Verhältnissen entsprechend umgearbeitet, von da an mit wenigen Aenderungen ins Oberdeutsche übersetzt. Das letztere gilt auch vom Lehnrecht. Der Deutschenspiegel wurde übrigens bald verdrängt durch das kaiserliche Land- und Lehnrechtsbuch, den s. g. Schwabenspiegel, welcher nach einem kürzlich aufgefundenen urkundlichen Zeugnisse schon i. J. 1268 handschriftlich existirte. Die im Deutschenspiegel nicht vollendete Arbeit wurde von dem unbekannten Verfasser des Schwabenspiegels zu Ende geführt, welcher den ganzen Sachsenspiegel, wie er ihm in der Form des Deutschenspiegels vorlag, zu einer Darstellung des deutschen Rechtes überhaupt umarbeitete. Sachsenspiegel und Schwabenspiegel gelangten zu großem Ansehen und weiter Verbreitung. Schon im vierzehnten Jahrhundert wurden sie für Werke kaiserlicher Gesetzgebung gehalten und als solche in den Gerichten benützt. Sie wurden beide ins Lateinische, der Sachsenspiegel ins Holländische und Polnische, der Schwabenspiegel ins Französische und Czechische übersetzt, ersterer im vierzehnten Jahrhundert glossirt. Die älteste Glosse des Landrechts rührt von dem märkischen Ritter Johann von Buch; sie ist die Grundlage für die Arbeiten der späteren Glossatoren. Unter den zahlreichen Bearbeitungen des Sachsenspiegels ist das Görlitzer Rechtsbuch hervorzuheben, welches in seinem lehnrechtlichen Theile auf den Vetus auctor de beneficiis zurückführt. Auf einer Bearbeitung des Schwabenspiegels beruht ein für das Bisthum Freising ausgearbeitetes Landrechtsbuch; es hat vermuthlich den Vorsprecher Ruprecht von Freising zum Verfasser, welcher 1328 mit Benützung des Schwabenspiegels ein Freisinger Stadtrechtsbuch ausarbeitete. Beide Werke wurden im fünfzehnten Jahrhundert zu Einem Rechtsbuche für Land und Stadt Freising verbunden.

In den letzten Jahren des dreizehnten oder in den ersten des vierzehnten Jahrhunderts, jedenfalls vor 1320, schrieb, wahrscheinlich im fränkischen Hessen, ein uns unbekannter Autor ein Rechtsbuch, welches das kleine Kaiserrecht genannt wird. Es

will gemeines Recht darstellen, wie es Karl der Große der ganzen Christenheit gesetzt habe und pflegt für die einzelnen Rechtssätze des Kaisers Gebot als Quelle anzuführen.

Eine Ergänzung zum Sachsenspiegel, nämlich eine Darstellung des Processes der sächsischen Landgerichte, liefert der Richtsteig Landrechts, welchen der erwähnte Johann von Buch vermuthlich um 1335 verfaßte. Noch im vierzehnten Jahrhundert arbeitete ein unbekannter Verfasser das Seitenstück zu diesem Rechtsbuche, den Richtsteig Lehnrechts, aus. Für den sächsischen Rechtsgang sind noch zwei kleinere Arbeiten aus der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts zu nennen, die Cautela und die Premis des Hermann von Oesfeld, welche Vorsichtsmaßregeln für das Benehmen vor Gericht enthalten. Ferner die rechte Weise des Lehnrechts, eine kleine Schrift über den Lehnsproceß, die westfälischen Vehmgerichtsbücher und die Informatio ex speculo Saxonum, eine Arbeit wahrscheinlich aus der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts, welche die Praxis der sächsischen Gerichte jener Zeit in ihren Abweichungen vom Sachsenspiegel kritisirt.

Die wichtigsten Stadtrechtsbücher sollen im Zusammenhang mit den übrigen Quellen des Stadtrechts genannt werden.

Territorialrechte. Mit der Ausbildung der Landeshoheit erlangten die Fürsten auch das Recht, Privilegien zu ertheilen, sowie mit Zustimmung der Großen des Landes allgemein bindende Normen zu erlassen. Solche durch Satzung entstandene Landesordnungen sind die Culmsche Handfeste von 1232 für das deutsche Ordensland, die salzburgische Landesordnung von 1328, das oberbairische Landrecht Kaiser Ludwigs von 1346, das für das Fürstenthum Breslau ausgearbeitete Landrecht von 1356, eine officielle Bearbeitung des Sachsenspiegels. Als bloße Aufzeichnungen des geltenden Rechtes erscheinen das österreichische Landesrecht aus dem dreizehnten Jahrhundert, das Ritter- und Landrecht der Grafschaft Berg aus der ersten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts und ein steirisches Landesrecht, wahrscheinlich aus dem vierzehnten Jahrhundert. Autonomer Satzung verdanken ihre Entstehung die friesischen Küren, welche sich der Stamm der Friesen von 1200—1361 auf seinen in altgermanischer Weise abgehaltenen Landesversammlungen setzte. Wie in Friesland hat sich auch im Lande Dithmarschen die alte freie Bauernverfassung erhalten. Auch hier wurde das Recht durch Autonomie fortgebildet und 1447 zuerst aufgezeichnet.

Das Dienstrecht gestaltete sich an den Höfen der verschiedenen Dienstherren in größter Mannichfaltigkeit, da der Ministerialität die einheitliche Spitze fehlte, wie sie das Lehnwesen im Königthum besaß. Die wichtigsten Dienstrechte sind die von Basel, Bamberg, Köln, Magdeburg, Hildesheim und die Satzung des Grafen Otto von Teklenburg.

Die Hofrechte haben sich weitaus zum größten Theile als Gewohnheitsrecht entwickelt. Satzungen des Hofrechts sind selten. In den Dörfern und Bauerschaften war es Sitte, daß alljährlich an bestimmten Tagen das bestehende Recht gewiesen wurde. Der herrschaftliche Vogt oder Maier fragte im Dorfding, was in einem bestimmten Falle Rechtens sei. Beeidigte Dorfgenossen gaben die Antwort. Im Wechsel solcher Fragen und Antworten wurde der Stoff des Gewohnheitsrechtes mehr oder minder erschöpft, um welchen es sich innerhalb der bescheidenen Grenzen einer Dorfgemeinde handeln konnte. Im Laufe der Zeit wurden aus bestimmten Veranlassungen oder in der allgemeinen Erwägung, daß die Schrift dauerhafter sei als das Gedächtniß der Menschen, diese Rechtsweisungen aufgeschrieben. Die Aufzeichnungen heißen wie ihr Gegenstand Weisthümer, Taidinge, Bantaidinge, Oeffnungen u. dgl.

Das geschriebene Stadtrecht weist als älteste Quelle Privilegien (Handfesten) auf, welche zuerst die Könige, dann auch die Landesherren ertheilten. Seit dem dreizehnten

Jahrhundert erlangten die Städte das Kürrecht, die Befugniß der Autonomie. Von da an treten die Rathsverordnungen und Schöffensatzungen in den Kreis der Stadtrechtsquellen. Unmittelbaren Anlaß zur Aufzeichnung des ungeschriebenen Gewohnheitsrechtes gab nicht selten das Ansuchen um Bewidmung. So wurde namentlich das Magdeburger Recht in ausführlichen Rechtsmittheilungen des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts aufgezeichnet. Hie und da legte man Urtheilsbücher, so in Stendal 1334, anderwärts Stadtbücher an, welche das gesammte, der Stadt eigene Recht zusammenstellen, außerdem aber auch Aufzeichnungen aus dem öffentlichen Leben der Stadt und Eintragungen über Rechtsgeschäfte enthalten. Ueber das Stadtrecht sind ferner juristische Arbeiten und Sammelwerke verfaßt worden. In erster Linie stehen die Bearbeitungen des Magdeburger Rechts, von welchen die wichtigsten sind: 1) das sächsische Weichbild. Ende des dreizehnten und Anfang des vierzehnten Jahrhunderts wurde auf Grund von Magdeburger Rechtsbewidmungen das s. g. Magdeburger Schöffenrecht ausgearbeitet. Nach 1304 verfaßte ein unbekannter Autor eine belehrende Arbeit in 27 Artikeln, welche die Grundsätze des sächsischen Stadtrechts im Gegensatz zum Landrecht darstellt. Beide Arbeiten wurden ohne innerliche Ausgleichung des Stoffes miteinander verbunden. Das Ergebniß dieser Verbindung ist das vielgebrauchte sächsische Weichbild, welches ins Lateinische, Polnische und Czechische übersetzt und glossirt wurde. 2) Das Rechtsbuch nach Distinctionen (schlesisches Landrecht, vermehrter Sachsenspiegel), so genannt nach der Eintheilung in Distinctionen. Der Verfasser will Weichbild sächsischer Art überhaupt darstellen und bestrebt sich, die Unterschiede zwischen Landrecht, städtischem Gewohnheitsrecht und Stadtrecht nach kaiserlichem Privilegium anzugeben. Für das erste ist der Sachsenspiegel, für das zweite das Magdeburger Recht, für das dritte das Stadtrecht von Goslar benützt. Das ausführliche Rechtsbuch entstand nach der Mitte des 14. Jahrhunderts in der Mark Meißen. In der zweiten Hälfte des fünfzehnten wurde es mit Zuziehung anderer Quellen für die Verhältnisse von Eisenach zu dem s. g. Eisenacher Rechtsbuch umgearbeitet. 3) Die Blume von Magdeburg. Um 1386 verfaßte der romanistisch geschulte Jurist Nicolaus Wurm von Neu-Ruppin, ein ebenso fruchtbarer als geschmackloser Schriftsteller, ein Rechtsbuch, welches sich für eine Arbeit des Magdeburger Schöffenstuhls ausgibt. Wurm selbst arbeitete es später in ein neues Werk um, welches er Blume des Sachsenspiegels nannte. — Den sächsischen Stadtrechtsbüchern stehen am nächsten jene Arbeiten, die auf Grund von Schöffensprüchen in Verbindung mit anderen Quellen verfaßt wurden. Hieher gehören: 1) die Magdeburger Fragen, zwischen 1386—1402 in Preußen entstanden, eine Sammlung von Anfragen, wie sie nach Magdeburg als Oberhof gerichtet wurden, und den darauf hin ergangenen Urtheilen in systematischer Zusammenstellung; 2) das Glogauer Rechtsbuch von 1386; 3) das systematische Schöffenrecht, aus der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts, auf Magdeburg-Breslauer Bewidmungen und Breslauer Schöffensprüchen beruhend. Seine systematische Anordnung ist von Interesse, weil sie sich vom römischen und kanonischen Rechte durchaus unabhängig hält. 4) Der Culm oder das Culmische Recht ist zurückzuführen auf das systematische Schöffenrecht, dem eine große Anzahl von Stellen des Schwabenspiegels eingefügt wurde. 5) Die neun Bücher Magdeburger Rechts oder die s. g. Pölmannschen Distinctionen (so nach dem ersten Herausgeber genannt), 1402 verfaßt von dem Stadtschreiber Walter Ekhardi von Thorn, welcher darin das Rechtsbuch nach Distinctionen, den Sachsenspiegel Landrechts, das Weichbild und dessen Glosse, sowie die Magdeburger Fragen verarbeitete.

Von den süddeutschen Stadtrechtsbüchern ist neben dem schon genannten des Ruprecht von Freising als eine der besseren juristischen Leistungen des Mittelalters das Brünner

Schöffenbuch hervorzuheben, welches der im römischen und kanonischen Rechte bewanderte Stadtschreiber Johannes von Brünn aus Brünner Privilegien, Willküren und Schöffensprüchen zusammenstellte.

Als Rechtsquelle dieses Zeitalters kommen endlich noch die Formelbücher in Betracht, welche mitunter ihren Formularen theoretische Auseinandersetzungen über die bezüglichen Rechtsgeschäfte beifügen. Auszuzeichnen ist in dieser Beziehung das Baumgartenberger Formelbuch aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts.

(**Reichsgesetze:** O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, §. 48 ff.; Monumenta Germaniae LL. II, ed. Pertz; Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede, 1747 ff. (Senkenberg'sche oder Koch'sche Sammlung); Emminghaus, Corpus Juris Germanici academicum, 2. Aufl. 1844; Deutsche Reichstagsakten, herausgeg. von der historischen Commission der Akademie der Wissenschaften zu München, I, 1: Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel 1376—1387, herausgeg. von Jul. Weizsäcker; Böhlau, Nove Constit. Domini Alberti, 1858; Kluckhohn, Geschichte des Gottesfriedens, 1857.

Rechtsbücher: Homeyer, Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften, 1856. Sachsenspiegel: Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Theil (Landrecht), 3. Ausgabe 1861; des Sachsenspiegels zweiter Theil nebst den verwandten Rechtsbüchern, 1, 2; 1. Ausg. 1842—44. Aus der reichhaltigen Literatur: Homeyer, Die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel, 1853; Ficker, Ueber die Entstehungszeit des Sachsenspiegels und die Ableitung des Schwabenspiegels aus dem Deutschenspiegel, 1859. — Der Spiegel der deutschen Leute, herausgeg. von Ficker, 1859; Ficker, Ueber einen Spiegel der deutschen Leute und dessen Stellung zum Sachsenspiegel und Schwabenspiegel, 1857. — Sog. Schwabenspiegel, herausgeg. von Freih. v. Laßberg, 1840; von Wackernagel, 1840; von Gengler (Landrechtsbuch), 1853; von v. Daniels in den Rechtsdenkmälern des deutschen Mittelalters synoptisch mit dem Sachsenspiegel und dem französischen Schwabenspiegel. Eine kritische Ausgabe des Schwabenspiegels fehlt. Laband, Beiträge zur Kunde des Schwabenspiegels, 1861, und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, III, 125; Ficker, Zur Genealogie der Handschriften des Schwabenspiegels, 1862; Rockinger, Zur näheren Bestimmung der Zeit der Abfassung des s. g. Schwabenspiegels, Berichte der Münchner Akad., 1867, ebendaselbst dessen Mittheilungen über einzelne Handschriften. — Das Görlitzer Rechtsbuch bei Homeyer, Sachsenspiegel, II, 2. — Das Stadt- und Landrechtsbuch Ruprechts von Freising, herausgeg. von L. v. Maurer, 1839. — Das Kaiserrecht nach der Handschrift von 1372, herausgeg. von Endemann, 1846. J. von Gosen, Das Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrecht, 1866. — Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, herausgeg. von Homeyer, 1857. Der Richtsteig Lehnrechts bei Homeyer, Sachsenspiegel, II, 1. — Ueber die Vehmrechtsbücher siehe Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts, 1845. — Homeyer, Ueber die Informatio ex speculo Saxonum, 1856.

Territorialrechte. Die Culm'sche Handfeste bei Leman, Das alte kulmische Recht, 1838. — Die salzburgische Landesordnung bei Rößler, Ueber die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Oesterreich, 1847. — Bairisches Landesrecht bei Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden, 1827—1839, IV. Eine kritische Ausgabe fehlt. Rockinger, Zur äußeren Geschichte von König Ludwigs oberbaierischem Land- und Stadtrechte, 1863 (Oberbairisches Archiv, XXIII); Desselben Vorarbeiten zur Textesausgabe von König Ludwigs oberbaierischen Landrechten, 1868; Osenbrüggen, Das Strafrecht in König Ludwigs Landrechtsbuch, in dessen Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, 1868. — Oesterreichisches Landesrecht im Archiv für Kunde österreichischer Geschichtsquellen, 10 (ed. Meiller), und bei v. Hasenöhrl, Oesterreichisches Landesrecht im 13. und 14. Jahrhundert. 1867. Aus der reichhaltigen Literatur: Siegel, Sitzungsberichte der Wiener Akademie 35, und v. Hasenöhrl im cit. Archiv 36. — Bischoff, Ueber ein mittelalterliches steiermärkisches Landrecht, 1868. — Das Berg'sche Landesrecht bei Lacomblet, Archiv für Geschichte des Niederrheins, 1832, I. — Friesische Rechtsquellen, herausgeg. von Freih. v. Richthofen, 1840. — Das Dithmarscher Landrecht bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, 1842.

Dienstrechte. Wackernagel, Das Bischofs- und Dienstmannenrecht von Basel, 1852; die übrigen angeführten Dienstrechte bei v. Fürth, Ministerialen, 1836.

Hofrechte. Weisthümer, herausgeg. von J. Grimm (nach dessen Tode fortgesetzt von R. Schröder), 5 Bde., 1840—66; Kaltenbäck, Die österreichischen Rechtsbücher des Mittelalters, I; Die Pan- und Bergtaidingsbücher, 1846, 47. Die österreichischen Weisthümer harren einer Gesammtausgabe durch die Akademie der Wissenschaften in Wien.

Stadtrechte. Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters mit rechtsgeschichtlichen Erläuterungen, 1851, 52; Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters theils verzeichnet,

theils vollständig oder in Probe-Auszügen, 1852; Gengler, Codex juris municipalis Germaniae medii aevi, 1863, I.; Bischoff, Oesterreichische Stadtrechte und Privilegien mit Literaturangaben und Anmerkungen, 1857; Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht, 1826; Franklin, Weisthümer für Breslau, 1856; Michelsen, Der ehemalige Oberhof zu Lübeck, 1839; Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt a. M., 1841; Tomaschek, Der Oberhof Iglau in Mähren und seine Schöffensprüche aus dem 13.—16. Jahrh., 1868; Göschen, Die Goslarischen Statuten, 1840; Schöffenurtheile bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen, 1860, und bei Stobbe, Beiträge, 1865; Behrend, Ein Stendaler Urtheilsbuch aus dem 14. Jahrhundert (mit eingehendem Commentar), 1868; Homeyer, Stadtbücher des Mittelalters, insbesondere das Stadtbuch von Quedlinburg, 1860. — Das sächsische Weichbild rc., herausgeg. von v. Thüngen, 1837; dat buk wichbelde recht, herausgeg. von v. Daniels, 1853, und mit der Glosse in dessen Rechtsdenkmälern. — Das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch, herausgeg. von Ortloff, 1836. — Die Blume von Magdeburg, herausgeg. von Böhlau, 1868. — Die Magdeburger Fragen, herausgeg. von Behrend, 1865. — Das Glogauer Rechtsbuch bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, herausgeg. von Laband, 1863. — Leman, Das kulmische Recht, 1838, cf. Stobbe in Zeitschrift für Deutsches Recht, XVII. Eine schlesische Sammlung von Schöffensprüchen in Verbindung mit anderen Quellen bei Böhme, Diplomatische Beiträge zur Untersuchung der schlesischen Rechte und Geschichte, II, 2. — Die neun Bücher Magdeburger Rechts, herausgeg. von Steffenhagen, 1865. — Das Brünner Schöffenbuch bei Rößler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II., 1852. — Rockinger, Ueber Formelbücher vom 13. bis zum 16. Jahrh. als rechtshistorische Quellen, 1855. Rockinger, Briefsteller und Formelbücher des 11.—14. Jahrhunderts, 1863/64, in den Quellen zur baier. u. d. Gesch.; Bärwald, Das Baumgartenberger Formelbuch in den Fontes rerum austriacarum, 2. Abth. XXV.)

§. 16. Das deutsche Reich war ein Wahlreich. Doch hielt man sich anfänglich bei den Wahlen an das regierende Geschlecht und wählte nicht selten noch bei Lebzeiten des Königs dessen Sohn als Nachfolger, ein Umstand, der vielleicht zur Ausbildung der Erbmonarchie hätte führen können. Dem wurde vorgebeugt, indem eine Fürstenversammlung von 1077 zu Forchheim das freie Wahlrecht im Gegensatz zur früheren thatsächlichen Gepflogenheit von neuem feststellte. Heinrich VI. aus dem Hause der Staufer machte später einen vergeblichen Versuch die Krone in seinem Geschlechte erblich zu machen. Ansprüche, welche der Papst namentlich bei Zwiekuren bezüglich der deutschen Königswahl erhob, wurden durch den Kurverein von Rhense und die constitutio de iure et excellentia imperii 1338 zurückgewiesen.

Ursprünglich war die Wahl ein Recht des ganzen deutschen Volkes. Formell erscheint sie als ein vor dem Reiche gefundenes Urtheil, daß diesem oder jenem die Krone zukomme.* Wie bei der Urtheilfindung im Königsgerichte gaben auch beim Wahlgange nur die Angesehensten ihre Stimmen ab. Das übrige Volk war von je auf das Recht der Folge beschränkt, welches seit dem zwölften Jahrhundert hinwegfiel. Von da an wählten nur mehr die Fürsten und zwar in der Weise, daß die hervorragendsten stimmten, die übrigen folgten. Das Stimmrecht fixirte sich im Lauf der Zeit auf jene Fürsten, welche bei der Krönungshandlung rechtlich betheiligt waren, nämlich auf die drei rheinischen Erzbischöfe und die Inhaber der vier Erzämter. Die Krönung hatte damals einen staatsrechtlichen Charakter. Erst durch sie gelangte der Gewählte in den Besitz der königlichen Gewalt. So konnte es kommen, daß die rechtliche Theilnahme an der Krönungshandlung, welche eine ausdrückliche Anerkennung des neuen Königs involvirte, auf die Ausbildung des Wahlrechts zurückwirkte. Diese ausschließlich stimmberechtigten Fürsten, die Kurfürsten, schlossen endlich auch das Folgerecht der übrigen Fürsten aus. Das Majoritätsprincip brach sich in der Wahlpraxis, auch als die Zahl der Wähler eine geschlossene war, nur langsam Bahn. Eine eingehende Regelung der Königswahlen gab die goldene Bulle von 1356.

Bestimmungen über vormundschaftliche Regierung fehlten. Dagegen haben sich, seit die Wahlen das Geschlecht nicht mehr berücksichtigten, feste Grundsätze über das Reichsvicariat gebildet.

Der König lebte nach fränkischem Rechte. Sein Gerichtsstand war in weltlichen Sachen der Pfalzgraf bei Rhein, in geistlichen der Papst.

Die königlichen Rechte sind in dieser Zeit im allgemeinen dieselben wie in der vorigen Periode. Ihre Zahl hat sich sogar noch vermehrt. Trotzdem ging die königliche Gewalt einer nachhaltigen Schwächung entgegen. Einerseits wurde deren Umfang durch zahlreiche Exemtionen geschmälert, in Folge deren der Inhaber der Immunität die bis dahin öffentlichen Rechte im eigenen Namen und zu eigenem Nutzen ausübte. Andererseits handhabte der König die öffentliche Gewalt, soweit er nicht selber thätig war, nicht mehr durch Beamte im eigentlichen Sinne, sondern durch Lehnsleute, welche das Amt zwar im Namen des Königs aber zu eigenem Nutzen verwalteten.

Der König hatte die Heergewalt. Die Reichsheerfahrt wurde auf den Reichstagen mit Zustimmung der Fürsten beschlossen und von Heinrich V. bis Heinrich VI. von denselben ausdrücklich beschworen. Die Last des Kriegsdienstes ruht nun hauptsächlich auf den Lehnsbesitzern. In geringerem Maße werden die allodialen Grundbesitzer dazu herangezogen. Das Lehnwesen ist auch darin die Grundlage der Kriegsverfassung, daß der Lehnsherr die Vasallen aufzubieten und anzuführen hat. Der König besitzt ferner die oberste Gerichtsgewalt und gilt theoretisch als der Quell aller Gerichtsbarkeit. Er übt sie entweder selbst oder überträgt sie auf andere. Da aber die Gerichtslehen — die mit Jurisdiction bekleideten Aemter waren Lehen geworden – nicht alle vom König selbst verliehen wurden, sondern in der Mehrzahl Afterlehen bildeten, so äußerte sich seine Gerichtsgewalt wenigstens in der Bannleihe, das heißt in dem Rechtssatze, daß jeder höhere Richter den Königsbann persönlich einholen und dafür dem König Hulde schwören müsse. Die Markgrafschaften, welche in der Entwickelung ihrer Selbstständigkeit den übrigen Territorien voraneilten, haben diese Beschränkung nicht gekannt. In der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts setzten sich die Laienfürsten überhaupt über das Erforderniß der königlichen Bannleihe hinweg, indem sie den von ihnen bestellten Richtern mit dem Amte zugleich auch selbst die Gerichtsgewalt übertrugen. Am längsten erhielt sich die Bannleihe des Königs in den geistlichen Territorien, weil nach kanonischem Rechte die Uebertragung des Blutbanns Irregularität zur Folge hatte, eine Schranke, welche Bonifaz VIII. zu Gunsten der geistlichen Fürsten beseitigte. Die höchste Gerichtsbarkeit handhabt der König selbst als oberster Richter. Als Urtheiler fungirten nicht etwa ständige Pfalzschöffen, sondern die eben am Hofe anwesenden Fürsten, Herren und Ministerialen, zumal die Reichshofbeamten. Der König konnte an seiner Statt einen Stellvertreter setzen. Bis ins dreizehnte Jahrhundert geschah dies von Fall zu Fall oder auf längere Zeit. 1235 schuf Friedrich II. das Amt eines ständigen Hofrichters. Doch blieben gewisse Sachen, namentlich die causae maiores der Fürsten und Fürstengenossen dem König vorbehalten. Vor das Reichshofgericht kamen Streitigkeiten im Wege des Rechtszugs und wegen Justizverweigerung oder -verzögerung, sowie alle Sachen, in denen die Untergerichte nicht competent waren. Außerdem konnte es jede Streitsache aus den unteren Gerichten an sich ziehen (evociren). Im funfzehnten Jahrhundert trat zuerst an die Seite und nach 1450 an die Stelle des Hofgerichts das königliche Kammergericht, welches sich aus der persönlichen Rechtsprechung des Königs mit Zuziehung von Räthen entwickelt zu haben scheint. Der König ist ferner oberster Lehnsherr. Nach Beendigung des Investiturstreites haben auch die mit zahlreichen öffentlichen Rechten ausgestatteten geistlichen Herrschaften allmählig den Charakter von Reichslehen angenommen.

Die neuen Rechte, welche der König in dieser Periode erwarb, das Spolienrecht, das Bergregal, das Geleitrecht, der Judenschutz, die Verleihung des Marktrechts führten keine wesentliche Erhöhung der königlichen Gewalt herbei, zumal der König theils darauf

verzichtete, theils dieselben ebenso wie das Münzrecht und das Recht auf Zölle durch Veräußerung und Belehnung auf die Landesherrn übertrug.

Die Gepflogenheit der Könige, Reichsangelegenheiten mit den Großen des Reiches zu berathen, führte im Laufe der Zeit zu einer rechtlichen Beschränkung des Königthums. Die Lehnspflicht der Hoffolge, d. h. die Pflicht, zu den angesetzten Hoftagen sich beim König einzufinden, verwandelte sich in das Recht der Reichsstandschaft. Aus dem Beirathe der Großen wurde ein Recht der Beschlußfassung, aus der ursprünglichen Verwaltungsmaßregel ein Grundsatz der Reichsverfassung. Das Recht, an den Verhandlungen der Reichstage mit Sitz und Stimme Theil zu nehmen, haben auf diese Weise die Kurfürsten, Fürsten und Herren erlangt. Seit Wilhelm von Holland sind auch die Städte auf den Reichstagen vertreten.

Die fränkische Aemterverfassung war nach Auflösung der fränkischen Monarchie im deutschen Reiche bestehen geblieben. Doch schob sich Ende des neunten, Anfang des zehnten Jahrhunderts zwischen das Königthum und die gräfliche Gewalt eine neue Macht ein, das Stammesherzogthum. Ohne gerade aus dem missatischen Institute hervorgegangen zu sein, hat es doch aus dem Wegfallen desselben die Bedingungen seines Entstehens geschöpft. Das Königthum schuf, um dem Herzogthum die Stange zu halten, ein neues Amt, die Stammespfalzgrafschaft, welche die königlichen Rechte innerhalb des Herzogthums wahrzunehmen hatte, und wußte schließlich im Bündniß mit den Fürsten, welche der Herzogsgewalt untergeordnet waren, das unbequeme Mittelglied zu beseitigen. Mit dem Sturze Heinrichs des Löwen ist die Zertrümmerung des Stammesherzogthums für immer entschieden.

Eine vollständige Aenderung seiner Grundlagen erlitt das Reich durch die Ausbildung der Landeshoheit. Die wesentlichsten Momente dieses Processes sind in kurzem folgende: Die gleichmäßige Eintheilung des Reichs in Grafschaften und Gaue verschwand vor den zahlreich emporschießenden Immunitäten. Von den Grafschaften wurden mitunter mehrere in Einer Hand vereinigt und mit der gräflichen Gewalt nicht selten Immunitätsrechte verbunden. Die Umwandlung der Aemter in Lehen machte die Amtsbefugnisse zu einem nutzbaren und erblichen Rechte. Als das Stammesherzogthum fiel, erntete nicht das Königthum, sondern die fürstliche Gewalt die Früchte des Sieges. Seit dieser Zeit findet sich auch zuerst in Urkunden der Ausdruck Dominus terrae. Wesentlichen Vorschub erhielt das Aufkeimen der Landeshoheit durch die auf Italien gerichtete Politik der deutschen Könige. Um hier augenblickliche Erfolge zu erringen, fanden sich die Könige mit den Fürsten ab, so gut es eben ging. Dagegen wurde die einzige Macht, welche der fürstlichen noch ein Gegengewicht bieten konnte, das deutsche Städtewesen, in seiner Entwickelung gehemmt. Dieser Politik verdanken namentlich zwei Reichsgesetze des dreizehnten Jahrhunderts ihre Entstehung, die Confoederatio cum principibus ecclesiasticis von 1220 und das Statutum in favorem principum von 1231—32, in welchen der König zu Gunsten der Fürsten auf wichtige Rechte verzichtet, deren sich diese freilich zum Theil schon thatsächlich bemächtigt hatten, während andererseits zum Vortheil der Landesherrn eine Reihe städtefeindlicher Bestimmungen erlassen wird. Die hiermit reichgesetzlich sanctionirte Landeshoheit wucherte dann in rascher Entwickelung empor, während des Interregnums zufolge des Mangels, nach demselben zufolge der Schwäche der königlichen Gewalt. Das Requisit der Bannleihe für die höheren Richter der Territorien fiel hinweg Nur im Herzogthum Westfalen, welches nach der Aechtung Heinrichs des Löwen an den Erzbischof von Köln gekommen war, erhielt es sich und bot den Ausgangspunkt für die Entfaltung der westfälischen Frei= oder Vehmgerichte. Während die Umwandlung der Aemter in Lehen den wichtigsten Hebel für die Ausbildung der Landeshoheit abgegeben hatte, verstand es diese, innerhalb der Territorien mit dem Lehnwesen zu brechen.

Nach dem Reichslehenrechte war der Inhaber eines Gerichtslehens verpflichtet, die darin enthaltenen Afterlehen weiter zu verleihen. Diesen Rechtssatz setzten die Landesherren nach dem Wegfall der Bannleihe außer Kraft, indem sie die Gerichte ihrer Territorien nicht mehr zu Lehen gaben, sondern mit besoldeten Landrichtern bestellten, also die Lehen in Aemter im eigentlichen Sinne des Wortes umwandelten. Was die Fürsten übten, blieb der Reichsgewalt versagt. Der König war genöthigt, ein heimgefallenes Fürstenthum binnen Jahr und Tag wieder zu verleihen, eine Beschränkung, welche in Deutschland eine allmählige Consolidirung des Reiches verhinderte, wie sie mit Benutzung des Heimfalls in Frankreich erfolgte. Neue Errungenschaften machte die Landeshoheit vorerst für die kurfürstlichen Territorien durch die goldene Bulle von 1356. Münzrecht, Bergregal, Recht auf Zölle und Judenschutz werden darin den Kurfürsten ausdrücklich zugesprochen. Sie erlangten ferner die Privilegien de non evocando et non appellando. Endlich wurde die Unzertrennlichkeit der Kurlande und die Primogeniturfolge festgestellt. Das den Kurfürsten gewährte Maß von Unabhängigkeit steckten sich auch die übrigen Landesherren zum Theil in rücksichtslosester Weise zum Ziel. Daß man zur Erreichung desselben kein Mittel scheute, zeigt die in Oesterreich vorgenommene Fälschung des sog. Privilegium majus, angeblich von 1156.

Wie nach oben hin schloß sich die Landeshoheit auch nach unten hin ab. Der Complex ihrer herzoglichen, gräflichen, lehnsherrlichen, immunitäts-, grund- oder dienstherrlichen und vogteilichen Rechte bildete sich zum allgemeinen Begriffe der Staatsgewalt aus. Indem man die einzelnen Rechte nicht mehr ihrem historischen Ursprunge nach unterschied, erschienen sie als Consequenz einer ihrem Wesen nach einheitlichen obrigkeitlichen Gewalt über das ganze Land.* Ihren Ausbau erhielt die Verfassung der Territorien durch die Entwickelung der Landstände. Wie die Könige pflegten auch die Fürsten auf ihren Hoftagen, zu welchen sie Hoffahrt geboten, Landesangelegenheiten mit den Großen des Landes zu berathen. Im Anschluß an diese Hoftage der Landesherrn entwickelte sich seit dem vierzehnten Jahrhunderte in Folge von Einungen, welche zumal die Ritterschaft und die Städte zur Wahrung der Landesfreiheiten eingingen, in den einzelnen Territorien die landständische Verfassung. Das Recht der Landstandschaft hatten die Geistlichkeit, der Adel (Herren und Ritter) und die Städte, nur ausnahmsweise auch die Bauern. Das Steuerbewilligungsrecht bildete den Kern der landständischen Rechte, an welchen sich in der Folge eine Reihe weitgehender Befugnisse anschloß.

Zum Schluß noch einen Blick auf die Entwickelung der Städteverfassung! Diese schließt sich in keiner Weise an die untergegangene römische Städteverfassung an, sondern ist eine selbstständig germanische. Im fränkischen Reiche waren die Städte in die Gau- und Hundertschaftsverwaltung einbezogen. Erst allmählig bildete sich der rechtliche Begriff der Stadt und zwar zuerst für die Bischofssitze, wo sich neben den Ministerialen und Hofhörigen des Bischofs altfreie Gemeinden erhalten hatten. Durch königliches Privileg wurde der Bischof gemeinsamer Schutzherr aller Stadtbewohner, seit der Zeit der Ottonen erlangte er die gräfliche Gewalt über die freien Geschlechter. Das öffentliche und hofrechtliche Gericht flossen in Folge dessen zu einem allen Klassen der Stadtbevölkerung gemeinsamen Gerichte zusammen. Die städtischen Richter ernannten den Bischof, der König lieh ihnen den Gerichtsbann. Seit dem zwölften Jahrhundert entstand zum Theil gegen den Willen der Stadtherren in den Städten die Einrichtung der Stadträthe. Als Vertreter der Bürgerschaft, aus der sie hervorgingen, schwangen sich die Rathmannen, den Bürgermeister an der Spitze, von einer untergeordneten Verwaltungsbehörde zur eigentlichen Stadtobrigkeit auf. Die Gerechtsame des Stadtherrn fielen der Reihe nach an die Stadt; die von jenem eingesetzten Magistrate wurden beseitigt und durch die Organe der Bür-

gerschaft ersetzt, welche ihre Befugnisse nicht als subjectives Privatrecht, sondern kraft ihres Amtes im Namen der Stadtgemeinde verwalteten. Nach dem Vorbilde der bischöflichen Städte entwickelte sich die Verfassung der königlichen und der landesherrlichen Städte. In Folge der Städtebündnisse erwarben die auf ursprünglichem Königsgute erwachsenen Reichsstädte und die bischöflichen Städte die Reichsstandschaft, welche den landesherrlichen Städten versagt blieb.

(Phillips, Die deutsche Königswahl bis zur goldenen Bulle, 1858; Wiener Sitzungsberichte; Soldan, Königswahlen in Raumers historischem Taschenbuch, 1862; Ohlenschlager, Neue Erläuterungen der goldenen Bulle, 1766; * Ficker, Kurfürstenthümer in Bluntschli's Staatswörterbuch VI, Lorenz die 7. Kurstimme bei Rudolfs I. Königswahl. Wiener Sitzungsberichte. 17; Ficker, De Henrici VI. conatu electiciam regum ... successionem in hereditariam mutandi, 1894; Derselbe, Ueber den Kurverein von Rhense. Wiener Sitzungsberichte. 11. — Weiland, Die Reichsheerfahrt von Heinrich V. bis Heinrich VI. nach ihrer staatsrechtlichen Seite in den Forschungen zur deutschen Geschichte VII. — Ueber die Verhältnisse der Markgrafschaften, Stenzel, De marchionum in Germania origine et officio publico, 1824; Kühns Geschichte der Gerichtsverfassung und des Processes in der Mark Brandenburg, 1865, 1867; Posern-Klett, Zur Geschichte der Verfassung der Markgrafschaft Meissen im 13. Jahrhundert, 1863; Heinrich Brunner, Das gerichtliche Exemtionsrecht der Babenberger. 1864. (Wiener Sitzungsberichte 47). — Franklin, Das Reichshofgericht, 1867, 1869; Franklin, De iustitiariis curiae imperialis Commentatio iuris germ., 1860; Tomaschek, Höchste Gerichtsbarkeit des deutschen Königs und Reichs im 15. Jahrhundert, 1865; Ficker, Die Reichshofbeamten der staufischen Periode. Wiener Sitzungsberichte 40. — Strauch, Ueber den Ursprung der Regalien, 1865; O. Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters in politischer, socialer und rechtlicher Beziehung, 1866; Joachim, Geschichte der teutschen Reichstage, 1762; Dönniges, Ueber einige Punkte 2c; Weiland, Das sächsische Herzogthum unter Lothar und Heinrich dem Löwen, 1866; Riezler, Die herzogliche Gewalt in Bayern unter Heinrich dem Löwen und Otto I. (Heigel und Riezler, Das Herzogthum Bayern, 1867); Pfaff, Geschichte des Pfalzgrafenamtes, 1847. — Berchtold, Die Landeshoheit Oesterreichs nach den echten und unechten Freiheitsbriefen, 1862; Derselbe, Entwickelung der Landeshoheit in Deutschland, 1863; Zöpfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts I. II. 1860; Konr. Maurer, „Landeshoheit“ und „Landstände“ in Bluntschli's Staatswörterbuch VI.; Schulze, Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern, 1851; Fr. W. Unger, Geschichte der deutschen Volksvertretung I., Geschichte der deutschen Landstände; Wilda, Landstände in Weiske's Rechtslexikon VI, 791 ff.; * Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. — Wilda, De libertate Romana qua urbes Germaniae ... sunt exornatae, 1831; Wilda, Gildenwesen im Mittelalter, 1831; Gaupp, Ueber deutsche Städtegründung 2c., 1824; Hüllmann, Städtewesen des Mittelalters, 1826; Lancizolle, Grundzüge der Geschichte des deutschen Städtewesens, 1829; Eichhorn, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I, Nitzsch, Ministerialität und Bürgerthum, 1859; Arnold, Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte, 1854; Lambert, Entwickelung der deutschen Städteverfassungen im Mittelalter 1865; vgl. Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien, 1847; Bethmann-Hollweg, Ursprung der lombardischen Städtefreiheit, 1846.)

§. 17. Das Strafrecht dieser Zeit nährt sich im wesentlichen von den Principien, welche die fränkische Periode erzeugt hat; anfänglich fand sogar zum Theil eine rückläufige Bewegung statt, indem die Volkssitte wieder in jene Bahnen einlenkte, aus welchen sie durch die Volksrechte und das fränkische Reichsrecht verdrängt werden sollte. * Die Zersplitterung der Gerichtsbarkeit und die zunehmende Schwäche der Reichsgewalt führten den Uebelstand herbei, daß die höheren Stände sich der Anwendung des Strafrechts factisch entzogen und nur innerhalb der Territorien eine kräftige Handhabung desselben Platz griff. Unter den strafbaren Handlungen unterschied man Ungerichte, d. i. Verbrechen, welche einen Friedensbruch involvirten und eine Strafe zu Hals oder Hand, Todes- oder verstümmelnde Strafe zur Folge hatten und Frevel, leichtere Vergehen, die nur eine Strafe zu Haut und Haar oder eine Vermögensstrafe nach sich zogen. Das Recht der Ablösung, Ledigung der öffentlichen Strafe spielte im praktischen Rechtsleben noch immer eine hervorragende Rolle. Bei Ungerichten war sie durch die Einwilligung des Richters und Klägers bedingt. Die Strafe zu Haut und Haar konnte stets nach freiem Beeben des Schuldigen geledigt werden. Die Verurtheilung zu einer ehrenkränkenden

Strafe, mag diese nun vollzogen oder abgelöst worden sein, entzog die volle Rechtsfähigkeit, sie machte rechtlos. Nur ausnahmsweise hatte schon das Verbrechen an sich diesen Nachtheil zur unmittelbaren Folge. Das Wergeld des alten Rechts büßte zum größten Theile seine praktische Bedeutung ein, eine Entwickelung, die sich u. a. darin spiegelt, daß seine Abstufungen mit der Neubildung der landrechtlichen Stände nicht mehr gleichen Schritt halten. Es entfiel nur noch bei Tödtungen, wo wegen mangelnder Schuld eine Klage um Ungericht nicht durchführbar war. Aus dem Strafablösungsrechte entstand, indem man die Lösungssumme und die Zustimmung des Klägers fallen ließ, ein richterliches Begnadigungsrecht, welches man unter der Voraussetzung zuließ, daß der Schuldige sich mit freiwilligem Geständniß in die Gnade des Richters begab. Doch vermochte die Begnadigung ebenso wenig wie früher die Ledigung der Strafe, den Eintritt der Rechtlosigkeit auszuschließen.

(Vgl. die Literatur zu §. 5 und §. 11 und außerdem *Hälschner, Das preußische Strafrecht, I., Geschichte des Brandenburgisch preußischen Strafrechts, ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts, 1855; John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher, 1858; Cropp, in Trummer und Hudtwalkers criminalistischen Beiträgen, II., Köstlin in Zeitschrift für deutsches Recht XII. und in Kritische Ueberschau III.; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter, 1860; Zöpfl, Das alte Bamberger Recht, 2. Hauptstück (Criminalrecht.) 1839; Osenbrüggen, Der Hausfrieden 1867 und zerstreute Aufsätze in der Zeitschrift für deutsches Recht und in dessen Studien.)

§. 18. Die außergerichtliche Geltendmachung des Rechts im Wege der Fehde, welche die fränkische Staatsgewalt unterdrückt hatte, lebte im deutschen Reiche in anderer Gestalt wieder auf. Der Gedanke, daß der Staat jedem sein Recht verschaffen müsse, erhielt sich zwar; allein man sah sich genöthigt, dem Einzelnen, falls die gerichtliche Hülfe versagte, die Durchführung seines Rechtes anheimzustellen. Wie die altgermanische Fehde zum Zweck der Rache ein Zeichen unentwickelter, ist die Fehde des Mittelalters ein Zeichen geschwächter Staatsgewalt, welche durch ihre Zulassung bekennt, daß sie nicht immer in der Lage sei, das Recht zu schützen. Uebrigens war die Ausübung des Fehderechts an die Voraussetzung vergeblich beschrittenen Rechtswegs und auch sonst an gewisse rechtliche Schranken und Förmlichkeiten gebunden, die freilich oft nicht beachtet wurden. Gottesfrieden und Landfrieden suchten dem vielfach mißbrauchten Fehderecht zu steuern; doch hat es erst der ewige Landfrieden von 1495 definitiv aus dem deutschen Rechte beseitigt.

Das Verfahren vor Gericht charakterisirt sich durch einen fast überkünstelten Formalismus, der bis in die minutiösesten Details ausgebildet wurde. Für alle, die vor Gericht anwesend waren, zumal aber für die Parteien äußert er sich als Vare, Gefahr, welcher technische Ausdruck „den Formalismus in seinen Anforderungen und Wirkungen" * bezeichnet. Grundsätze, die bereits den altdeutschen Proceß beherrschten, traten nunmehr in ihrer ganzen Schärfe zu Tage. Zahlreiche Förmlichkeiten, die namentlich bei den Formalacten des Eides und der Schelte gefährlich wurden, erschwerten die Bewegung vor Gericht. Auf die Proceßreden wurde das Princip der strictesten Wortinterpretation angewendet. Ein Fehler in der Rede konnte nach dem Grundsatze, „ein Mann ein Wort" von der Partei nicht mehr gebessert werden. Darum ließ man Vorsprecher für sich reden, deren Worte die Partei unter gewissen Voraussetzungen zu desavouiren und zu verbessern berechtigt war (Recht der Erholung und Wandelung). Doch zahlte der Vorsprecher in diesem Falle eine Buße, weil er ohne den Auftrag seines Herrn und somit eigenmächtig, ohne das Recht zur Rede gesprochen hatte. Erst allmählig brach sich die Ueberzeugung Bahn, daß diese Strenge der Form den Anforderungen des materiellen Rechts widerspreche und schritt man, hier früher, dort später, zur Beseitigung oder doch zur Milderung der Gefahr.

Die allgemeine Structur des Processes erlitt insofern eine Aenderung, als der unmittelbare Wechselverkehr der Parteien vor Gericht, wie ihn das alte Recht kannte, beseitigt erscheint, und diese sich in ihren Reden und Anträgen stets an den Richter wenden müssen. Der Richter fragt über jeden Antrag um ein Urtheil der Schöffen. Auf den durch ein Urtheil festgestellten Satz wird durch neue Urtheilsfragen weiter gebaut, so daß das ganze Verfahren von Urtheil zu Urtheil vorwärts schreitet. Das Beweisverfahren behielt seinen formalen Charakter. Als Beweismittel kamen in Anwendung der Eid als Eineid oder mit Eidhelfern, der Eid der Zeugen, Urkunden, das Gerichtszeugniß über Acte, die das Gericht als solches wahrgenommen hat, der Inquisitionsbeweis (amtliche Befragung der Umsassen), Zweikampf und einseitige Ordalien. Im Jahre 1215, nachdem sich bereits vereinzelte Spuren von der Erschütterung des Glaubens an die Ordalien bemerkbar machten, wurden dieselben von der Kirche verboten, ohne aber deshalb sofort in Deutschland außer Gebrauch zu kommen.

Bei der Eintheilung der Klagen sieht das deutsche Recht nicht wie das römische auf den Rechtsgrund, sondern auf den Klagzweck. Sie scheiden sich daher nach dem Gegenstande, auf welchen das Begehren des Klägers gerichtet ist in peinliche, wenn dieser auf peinliche Bestrafung des Beklagten dringt und bürgerliche, wenn dies nicht der Fall ist. Eine Zwitterstellung haben die vermischten Klagen, bei welchen während der Verhandlung eine Aenderung des ursprünglich peinlichen oder bürgerlichen Klagzweckes eintritt.

Von den bürgerlichen Klagen individualisiren sich die vermögensrechtlichen Klagen ohne Unterscheidung persönlicher oder dinglicher Ansprüche je nach dem Objecte als Klagen um Schuld, um fahrende Habe oder um Immobilien. Der Kläger konnte sein Begehren schlechthin stellen, ohne einen Rechtsgrund anzugeben, dann lag eine schlichte Klage vor, deren sich der Beklagte mit seinem Eide entredete. Wollte es der Kläger nicht darauf ankommen lassen, so mußte er seine Klage motiviren, d. h. bestimmte positive Rechtsgründe angeben, aus welchen die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung oder Herausgabe des Gutes folgte. Gegen die Fundirung der Klage konnte der Beklagte auch seinerseits bestimmte Thatsachen anführen, durch die er die angebliche Verpflichtung negirte. Die für die Entscheidung des Processes maßgebende Thatsache wurde dann durch Beweisurtheil nach bestimmten Regeln zum Beweise gestellt und zwar mit principieller Begünstigung des Beklagten und mit Rücksicht auf die größere oder geringere Beweiskraft der beiderseits angebotenen Beweismittel. — Als Execution war ein Aechtungsverfahren in bürgerlichen Sachen nicht zuläßig. Es wurde vielmehr durch Urtheil auf gerichtliche Pfändung erkannt. Diese zerfiel in zwei scharf geschiedene Acte, von welchen der erste durch Pfändung der Fahrniß, durch Frohnung des Grundstücks die Sicherstellung, der zweite die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen sollte, letztere dadurch, daß die als Pfand genommene Fahrhabe demselben geweldigt, das gefrohnte Grundstück (durch Anleite, Insatz) übereignet oder (im Wege des Distractionsverfahrens) versilbert wurde.

Peinliche Klagen mußten, gewisse Fälle ausgenommen, mit Gerüfte, mit Zetergeschrei erhoben werden. Die wirksamste Criminalklage ist die auf Grund handhafter That, welche voraussetzt, daß während der That das Gerüfte geschrien, daß der Thäter auf der That oder auf der Flucht der That in Gegenwart von Schreimannen ergriffen wurde und daß der Kläger vor übernächtiger That und mit leiblicher Beweisung des Factums die Klage erhob. War der Beklagte nicht ergriffen worden, so konnte unter den sonstigen Voraussetzungen und unter Beobachtung bestimmter Formalitäten eine kampfliche Ansprache stattfinden. Gegen die Klage, welche mit Gerüfte, aber nicht wegen handhafter That und ohne kampflichen Gruß erhoben wurde, mochte der Beklagte sich mit seinen Eideshelfern reinigen. Dem Verletzten stand es übrigens frei, die peinliche Klage zu verschmähen und

eine bürgerliche (schlichte oder mit Zeugniß fundirte) Klage anzustrengen. — Wenn der Beklagte auf mehrmalige Vorladung nicht vor Gericht erschien, so wurde er verfestet, er verlor in dem Sprengel des verfestenden Gerichts die Fähigkeit, gerichtliche Handlungen vorzunehmen. Betraf man ihn, so durfte man ihn binden und vor Gericht bringen, wo er behandelt wurde, wie ein auf handhafter That ertappter Missethäter. Der Kläger wurde gegen ihn sofort zum Beweise zugelassen. Verurtheilt konnte er das Urtheil, welches ihm stets an den Hals ging, nicht schelten und die zuerkannte Strafe nicht ablösen. Bei andauernder Contumaz wurde die Verfestung zur Reichsacht ausgedehnt, welche für das ganze Reich dieselben Wirkungen hat wie die Verfestung für den einzelnen Gerichtssprengel. Blieb jemand durch Jahr und Tag in der Reichsacht, so verfiel er in die Oberacht, er wurde friedlos und konnte von jedermann bußlos getödtet werden.

Besondere Grundsätze des Verfahrens beobachteten die westfälischen Vehmgerichte. In Westfalen hatte sich die karolingische Gerichtsverfassung länger als anderwärts erhalten, indem hier der Stand der Gemeinfreien der allgemeinen Zersetzung des Ständewesens einen zäheren Widerstand entgegensetzte. Während sonst in Deutschland das Erforderniß der königlichen Bannleihe für die höheren Richter hinwegfiel, haben die westfälischen Freigrafen nach wie vor den Gerichtsbann direct vom König empfangen. Da in den Frei- oder Vehmgerichten demnach bei Königsbann gerichtet wurde, galten sie als königliche und nicht als landesherrliche Gerichte, eine Stellung, die sie in Folge der bereits erlangten festen Organisation auch dann noch behaupteten, als König Wenzel 1382 dem Erzbischof von Köln als Herzog von Westfalen das Recht verlieh, den von ihm bestellten Freigrafen den Blutbann selbst zu übertragen. Die Gerichte, welche bei Königsbann gehegt wurden, zeichneten sich von je durch gewisse Förmlichkeiten aus, die sich in den westfälischen Freigerichten erhielten und allmählig den Charakter des Geheimnißvollen annahmen. So konnte es kommen, daß die Vehmgerichte, welche ihre Einrichtung auf Karl den Großen zurückführten, sich im Bewußtsein ihres Gegensatzes zu den landesherrlichen Gerichten nach Art eines Geheimbundes organisirten. An der Spitze jeder Freigrafschaft stand ein Freigraf, welcher ebenso wie die Freischöffen ein freier Mann sein mußte. Die Aufnahme als Freischöffe konnte nur auf rother (westfälischer) Erde geschehen, sie erfolgte in feierlicher Form, indem der Aufzunehmende in die Geheimnisse der Vehme eingeweiht wurde und einen Eid ablegte, die Vehme heilig zu halten vor Weib und Kind, vor Sand und Wind. Als eigentlich königliche Gerichte dehnten die Vehmgerichte ihre Jurisdiction über das ganze Reich aus. Die Gerichtsversammlungen waren theils offene (gemeine), theils heimliche Dinge. Die Stillgerichte fanden anfangs nur statt, wenn es sich um Verurtheilung eines Wissenden handelte oder ein Unwissender auf die Vorladung nicht erschien. Die Vehme beschäftigte sich hauptsächlich mit der Strafgerichtsbarkeit. Wer von mindestens drei Freischöffen auf handhafter That ergriffen wurde, konnte von denselben sofort aufgehängt werden. Nur Freischöffen durften als Ankläger auftreten, sie waren hierzu bei ihrem Eide verpflichtet. War die That eine Vehmwroge, so erfolgte die Vorladung vor das offene, resp. heimliche Ding. Den Ungehorsamen traf Vervehmung in Form und Wirkung der Oberacht entsprechend. Zur Vollstreckung wurde ein Schöffe bestellt, dem sämmtliche Wissende beizustehen verpflichtet waren. Sie erfolgte durch Aufknüpfen des Verurtheilten. Im Beweisverfahren waren Ordalien und Zweikampf ausgeschlossen; dagegen fand zwischen Kläger und Beklagtem ein Ueberbieten mit Eideshelfern statt, wodurch es bis zu einem Eide mit 21 Eideshelfern kommen konnte. Das Verfahren gegen Nichtwissende ist in manchen Beziehungen noch nicht vollständig aufgeklärt. Im vierzehnten Jahrhundert haben die Vehmgerichte durch prompte Strafjustiz eine heilsame Wirksamkeit entfaltet. Die schrankenlose Macht, die sie in Folge dessen erlangten, führte zu Miß-

bräuchen, so daß man sich zu einer Einschränkung der Vehmgerichte gezwungen sah. Die allgemeine Reform des Strafverfahrens entzog ihnen die Grundlage ihrer Sondergestaltung. Sie theilten endlich das Schicksal, welches die übrigen Gerichte bei Königsbann bereits viel früher erlitten hatten. Sie wurden seit dem sechzehnten Jahrhundert zu landesherrlichen Gerichten herabgedrückt, als welche sie sich bis ins neunzehnte mit einer sehr unbedeutenden Competenz erhielten.

Seit dem vierzehnten Jahrhundert geht das deutsche Strafverfahren aus sich selbst heraus einer Umwandlung entgegen. Abgesehen von dem besonders gestalteten Verfahren der Vehmgerichte führte die Praxis eine Reihe von Neuerungen durch. In Fällen, wo weder eine Privatklage noch eine Rüge vorlag, schritt das Gericht von Amts wegen ein, wobei es zur Wahrung der Form einen von ihm bestellten Ankläger auftreten ließ. Verdächtige Personen konnten ohne Geständniß und ohne formellen Beweis auf schlechten Leumund hin verurtheilt werden, wenn das Gericht aus vorliegenden Inzichten die Ueberzeugung der Schuld schöpfen zu können glaubte. Im Anschluß an das Verfahren bei handhafter That gelangte man zu einem materiellen Beweisverfahren, indem man von den zu Zeugen gewordenen Eidhelfern des Klägers die Wissenschaft der That verlangte. Der Begriff der handhaften That wurde endlich zu dem der kundlichen, notorischen That ausgedehnt, die Notorietät aber durch Zeugenaussagen hergestellt.

(Homeyer, Das Gerichtswesen nach dem Richtsteige in dessen Ausgabe des Richtsteigs Landrechts; Homeyer, Lehnsgerichtswesen in dessen System des Lehnrechts, Sachsenspiegel II, 2; Franklin, Das Reichshofgericht im Mittelalter, II, Verfassung und Verfahren, 1869. — Nietzsche, Commentatio iuris Germ. de prolocutoribus, 1831; Siegel, Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren, 1863. Wiener Sitzungsberichte; Siegel, Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang, 1866. Wiener Sitzungsberichte; vgl. H. Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Proceß, 1868. Wiener Sitzungsberichte. — Planck, Die Lehre vom Beweisurtheil, 1848 und in der Zeitschrift für deutsches Recht X.; Jolly, Beweisverfahren nach dem Sachsenspiegel, 1846; Hänel, Beweissystem des Sachsenspiegels, 1858; Delbrück in Zeitschrift für deutsches Recht XIV.; von Bar, Das Beweisurtheil, 1866; siehe noch die oben zu §. 12 angeführte Literatur und Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, 1869; Behrend, Observationes de actione simplici, 1861, und dessen Anmerkungen zum Stendaler Urtheilsbuche; v. Maibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867; §. 2. Die Pfändung im Executionsverfahren; Bienko, De proscriptione secundum fontes iuris Saxonici medii aevi, 1867; Perthes, De proscriptione et banno regio quid statuerit speculum Saxonicum, 1834; cf. Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, 1868; Eschenburg, De delicto manifesto jure saxonico, 1866; Zöpfl, Das alte Bamberger Recht, 3. Hauptstück: Criminalproceß, 1839; Göschen in seiner Ausgabe der Goslarischen Statuten, 366 ff.; Ueber Vehmgerichte vgl. neben Eichhorn, Zöpfl, Schulte und Walter: Kopp, Ueber die Verfassung der heimlichen Gerichte in Westphalen, 1794; Wigand, Das Femgericht Westphalens aus den Quellen dargestellt, 1825; Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts, 1845.) —

B. Das deutsche Privatrecht bis zur Aufnahme der fremden Rechte.

Zu einer strengen Scheidung der Gebiete des öffentlichen- und des Privatrechts ist die deutsche Rechtsentwickelung in der Zeit ihrer Selbstständigkeit noch nicht durchgedrungen. Doch hat der Proceß der Auseinandersetzung gegen Ende dieser Periode in den Rechtsquellen, zumal den städtischen, bereits begonnen. So weit übrigens diese den Versuch einer systematischen Darstellung des Rechtes machen, findet man nicht sowohl ein System der Rechtsverhältnisse, als vielmehr der Lebensverhältnisse, nicht sowohl ein juristisches, als ein wirthschaftliches System, welches die im Leben nebeneinanderliegenden Erscheinungen im Zusammenhange ihrer natürlichen Verwandtschaft behandelt. Das Privatrecht der älteren Zeit ist verhältnißmäßig dürftig. In weitaus reicherer Ausbildung tritt es uns in den Rechtsbüchern entgegen. Der Fortschritt ist so augenfällig, wie auf keinem anderen Rechts-

gebiete, ein Umstand, der es an sich, ganz abgesehen von der Beschaffenheit der Erkenntnißquellen nöthig macht, den Schwerpunkt dieser Darstellung in die Zeit der Rechtsbücher zu verlegen.

(Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 4. Aufl., 1856; vgl. die Darstellungen des heutigen deutschen Privatrechts. — Weiske, Grundsätze des teutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel, 1826; Göschen, Systematische Zusammenstellung der in den Goslarischen Statuten enthaltenen Rechtssätze in dessen Ausgabe dieser Rechtsquelle. — v. Gosen, Das Privatrecht im kleinen Kaiserrecht, 1866; Platner, Ueber die historische Entwickelung des Systems und Charakters des deutschen Rechts, vorzugsweise des Privatrechts, 1852, 1854.)

§. 19. Als Grundlager der vollen Rechtsfähigkeit galten insbesondere die Freiheit, die Volksgenossenschaft, die Friedensgemeinschaft, der volle Genuß der Ehre und die Standesgleichheit (Ebenbürtigkeit).

Der Unfreie, ursprünglich rechtlos, erlangte im Lauf der Zeit eine beschränkte, Schritt für Schritt sich ausdehnende Rechtsfähigkeit. Die Kirche verbot die willkürliche Tödtung der Leibeigenen und setzte die Anerkennung ihrer Ehen durch, anfangs für den Fall der Zustimmung des Herrn, später auch ohne diese Voraussetzung. Theilweise griff auch die Staatsgewalt mildernd in das Verhältniß ein, am meisten aber wirkte die allmählige Umwandlung factischer Zugeständnisse des Herrn in rechtliche Beschränkungen desselben. So wurden die Zinsen und Abgaben fixirt und erlangte der Leibeigene die Vermögensfähigkeit. Etwas später erwarb er auch ein Erbrecht an der nachgelassenen Fahrniß, mit dem Vorbehalte, daß ein Theil derselben, das Besthaupt, Mortuarium, dem Herrn zufiel. Seit der vollständigen Ausbildung des Hofrechts erreichten sie ein vererbliches Recht an dem Gute, das ihnen der Herr zur Bewirthschaftung zugewiesen hatte. Waren sie einerseits an die Scholle gebunden, so durften sie andererseits nicht ohne die Scholle veräußert werden. Während der Herr den Leibeigenen ursprünglich nach Willkür züchtigen konnte, wurde seit dem Entstehen der genossenschaftlichen Hofverfassung im Hofgerichte des Herrn über die Vergehen der Eigenleute von ihren Genossen Recht und Urtheil gesprochen. Dritten gegenüber haftete der Herr anfangs unbedingt für die Handlungen des Leibeigenen, doch wurde schon in fränkischer Zeit diese Haftung auf den Fall der Mitwissenschaft beschränkt und der Unfreie der Bestrafung nach Volksrecht überwiesen. Des ferneren erlangten sie die Fähigkeit mit Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen und gegen sie mit Einwilligung des Herrn Processe zu führen. Wie die Leibeigenschaft ihrem Inhalte nach sich milderte, so wurde sie auch ihrem Umfange nach beschränkt, indem sie in den Städten verschwand, bei den Ministerialen zur Freiheit führte und seit Ausbildung des Hofrechts nur mehr auf größeren Gütern, also auf jenen der höheren Stände möglich war.

Von den Entstehungsgründen der Unfreiheit waren die vornehmsten: Kriegsgefangenschaft, Abstammung von unfreien Eltern oder auch nur einem unfreien Elterntheil zufolge des Grundsatzes: das Kind folgt der ärgeren Hand, ferner Heirath mit einer unfreien Person, freiwillige Verknechtung, Insolvenz und Aufenthalt in unfreier Luft, d. h. unter den Leibeigenen eines Leibherrn, wenn er ohne Widerspruch Jahr und Tag gedauert hat. Die wichtigste Aufhebungsart war die Freilassung. Noch in fränkischer Zeit machte sie den Freigelassenen nicht vollfrei, sondern nur zum Schutzhörigen des früheren Herrn oder der Kirche, welche die Freiheit vermittelte. Nur privilegirte Formen der Freilassung, z. B. jene, welche per denarium vor dem König erfolgte, begründeten volle Freiheit. Diese Wirkung erlangten allmählig auch die übrigen Freilassungsarten, von denen die durch Freibrief oder vor Zeugen die gebräuchlichste wurde.

Als rechtlos galten in den ältesten Zeiten auch die Fremden. Doch milderte das Gastrecht die Härte dieser Bestimmung. Wie alle Schwachen und Hülfsbedürftigen stellte

das Königthum die Fremden unter seinen besonderen Schutz. Im deutschen Reiche wurde der Fremdenschutz ein nutzbares Regal, welches die Landesherrn namentlich in der Richtung geltend machten, daß sie den Nachlaß des in ihrem Lande verstorbenen Fremdlings in Besitz nahmen. Kaiser Friedrich II. versuchte es umsonst, der Ausübung dieses Fremdlingsrechts zu steuern.

Die vorhandene Rechtsfähigkeit konnte vollständig verloren gehen, wenn jemand aus der Friedensgemeinschaft ausgeschlossen, wenn die Friedlosigkeit, die Oberacht über ihn verhängt wurde.

Dagegen liegt nur eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit wegen Mangels der Ehre in der sogenannten Rechtlosigkeit, die uns am deutlichsten in den sächsischen Rechtsbüchern entgegentritt. Für rechtlos galt man durch Geburt (uneheliche Kinder), durch entehrende Beschäftigung, oder weil man sein Recht in Folge der Verurtheilung zu einer ehrenkränkenden Strafe verwirkt hatte. Dem Rechtlosen fehlte das Wergeld, die normale Buße und die Eidesfähigkeit, doch stand er unter dem allgemeinen Frieden. Wer diesen an ihm verletzte, verfiel den öffentlichen Strafen und mußte in minderen Fällen Friedensgeld bezahlen. Da aber ein solches stets einer Buße für die verletzte Partei correspondiren mußte, waren für die Rechtlosen Scheinbußen gesetzt zur Anerkennung dessen, daß ihnen zwar die subjective Rechtsfähigkeit, nicht aber der Schutz des objectiven Friedens gebrach. Der Rechtlose konnte ferner gewisse öffentliche Stellungen nicht einnehmen, gewisse processuale Handlungen nicht verrichten, welche Unbescholtenheit der Ehre voraussetzten. Als das Buß- und Wergeldsystem vollständig verschwand und der Unschuldseid durch die Aenderung des Proceßrechts hinwegfiel, war es die letztgenannte Folge allein, die nunmehr den Inhalt der Rechtlosigkeit ausmachte.

Das Ständewesen beeinflußte die Rechtsfähigkeit, sofern für gewisse gerichtliche Handlungen (Zweikampf, Zeugniß, Urtheilfindung, Function als Vorsprecher), für die Vormundschaft, das Erbrecht und die Eingehung einer vollwirksamen Ehe Ebenburt verlangt wurde. Heirathete ein Mann eine nicht standesgleiche Frau, so lag eine Mißheirath vor, welche nicht die vollen bürgerlichen Wirkungen einer Ehe hatte, da weder Frau noch Kinder den Namen und Stand des Vaters theilten und die Kinder gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten kein Erbrecht besaßen. Die Wirkungen der Mißheirath konnten auch vertragsmäßig festgestellt werden durch Abschluß einer Ehe zur linken Hand, einer morganatischen Ehe. Der Begriff der Ebenbürtigkeit war insofern ein schwankender, als in den verschiedenen Anwendungsfällen manchmal ein größerer, manchmal schon ein geringerer Abstand der Stände maßgebend wurde.

(Potgiesser, Commentariorum juris germ. de statu servorum veteri perinde atque novo libri quinque, 1736; Heineccius, Antiquitates Germ. T. II. p. 2 (1773); Kindlinger, Geschichte der deutschen Hörigkeit, insbesondere der sog. Leibeigenschaft, 1819; Budde, Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, 1842; Hillebrand, Ueber die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre, 1844; Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit, 1846; Niebelschütz, De matrimonio ad morganaticam, 1851; R. Schröder, Zur Lehre von der Ebenbürtigkeit nach dem Sachsenspiegel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte III. 461 ff.)

§. 20. Das deutsche Sachenrecht legt im Gegensatz zum römischen Rechte das Hauptgewicht auf das thatsächliche, das natürliche Verhältniß zur Sache, während das geistige, das rechtliche Band zwischen Person und Sache mehr in den Hintergrund tritt. Entsprechend seiner sinnlichen Auffassung macht es einen durchgreifenden Unterschied in der rechtlichen Behandlung der beweglichen und unbeweglichen Sachen, eine Scheidung, die sich wegen ihrer günstigen Folgen für den Credit der Immobilien, für den Verkehr mit Mobilien bis heute erhalten hat.

Fremd blieb dem deutschen Recht die scharfe Sonderung, welche das römische zwischen der rechtlichen und factischen Herrschaft über die Sache durchführt. Einen vom Streite über das Recht geschiedenen Proceß über den Besitz hat es nicht ausgebildet. Auch der gewaltsam Dejicirte mußte sein Recht zum Besitz behaupten und beweisen. Doch blieben ihm die processualen Vortheile des Besitzes trotz der Besitzentsetzung gewahrt und wurde ihm derselbe mitunter noch während des Processes um das Recht restituirt. Die Rechtsquellen des Mittelalters brauchen für Besitz den Ausdruck Gewere. Ursprünglich bezeichnet das Wort den formellen Act der Einweisung in den Besitz. Von da aus ist es auf die factische und dann auf die rechtliche Consequenz der Besitzeinweisung übertragen worden. In der ersten Bedeutung drückt es bei Mobilien den Gewahrsam, bei Immobilien die thatsächliche Ausübung eines Besitzrechtes aus, mag diese nun in der unmittelbaren Detention oder nur in der Erhebung der Nutzungen bestehen. Die rechtliche Bedeutung der Gewere in diesem Sinne liegt aber darin, daß keine Gewere durch Eigenmacht straflos gebrochen werden kann und der Besitzer im Rechtsstreite gewisse Vortheile genießt. Tritt nämlich der Kläger mit schlichter Klage auf, so wehrt sich jener mit seinem Eide. Und diese Art der Vertheidigung kann ihm nur dann abgeschnitten werden, wenn der Kläger positiv erweist, daß er verpflichtet sei, ihm den Besitz einzuräumen, weil ihn ein Rechtsgeschäft oder ein Delict hierzu obligire oder weil er seinen Besitz in hinfälliger, rechtlich unwirksamer Weise erworben habe. Gewere heißt ferner mitunter auch das Recht zu besitzen, ohne Rücksicht auf das factische Verhältniß. Je nach dem Inhalt des Rechts wird Eigengewere, Gewere zu Lehnrecht, zu Pfandrecht u. s. w. unterschieden. Besonderen Schutz gibt die rechte Gewere, welche dadurch entsteht, daß jemand ein rechtmäßig erworbenes Gut durch Jahr und Tag (1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) ohne rechte Widersprache in Ausübung eines Rechtes besaß. Erwerb durch Auflassung ist nur particularrechtlich eine Voraussetzung der rechten Gewere. Die Wirkungen der rechten Gewere sind aber folgende: Wer sie hat, braucht sich erst im nächsten echten Ding auf die Klage einzulassen. Er bedarf nicht der Vertretung durch seinen Gewährsmann. Die entgegenstehenden Rechte sind präcludirt. Der Beklagte ist, da der Rechtsgrund, durch den der Kläger seine Klage substantiirt, in Folge der Präclusion irrelevant erscheint, stets in derselben Situation, als läge eine schlichte Klage vor. Er kann demnach, wenn seine Gewere bewiesen ist, sein Recht mit seinem Eide erhärten.*

Das vollste Recht, welches man an einer Sache haben kann, ist Eigenthum. An Grund und Boden erscheint es entweder als Genossenschaftseigen, wie es an der gemeinen Mark bestand, oder als Sondereigen. Die Uebertragung des Grundeigenthums erfolgte in der wirksamsten Form (nach der gemeinen Meinung stets) durch den öffentlichen Formalact der Auflassung. Ihre rechtliche Consequenz war die Besitzeinweisung, die aber auch unabhängig von ihr erfolgen konnte und entweder als ein symbolischer Apprehensionsact oder als eine symbolische Tradition vorgenommen wurde. Die gerichtliche Auflassung führt auf einen der römischen cessio in jure analogen Scheinproceß zurück, bei welchem der Beklagte den Anspruch des Klägers auf Ueberlassung des Gutes zugestand und sich dem Urtheil gemäß von demselben lossagte („per festucam se exitum dicit"). Noch nach den sächsischen Rechtsbüchern wird sie in den Formen gerichtlichen Verfahrens vorgenommen, auf welches hin ein Urtheil den Uebergang des Besitzrechts auf den Erwerber feststellte. Die Auflassung hatte also vim rei judicatae. Der Erwerber kam dadurch in ein ähnliches Verhältniß, als hätte er das Gut von dem früheren Besitzer im Wege Rechtens erstritten. Dem Scheinproceß konnte eine Scheinexecution als gerichtliche Besitzeinweisung nachfolgen, anläßlich deren man sich in Sachsen vom Gerichte für das Gut den Frieden wirken zu lassen pflegte. Schon früh wurde es Sitte, die Auflassung zu

beurkunden. In den Städten pflegte man diese Urkunden in besondere Bücher einzutragen, ein Vorgang, neben welchem der Auflassungsact selbst zur leeren Formalität herabsank, um schließlich ganz hinwegzufallen. Von den Städten verbreitete sich die Sitte auf das flache Land. Sie hat sich bis auf unsre Tage in dem Institute der öffentlichen Bücher erhalten.

Die Ausbildung der Leiheverhältnisse brachte eine Anzahl eigenthumsähnlicher Nutzungsrechte an fremdem Grund und Boden hervor. Die Hauptformen sind das Lehen und das Zinsgut. Je nach dem Rechtsgebiete der Verleihung unterschied man Leihe zu Lehnrecht, zu Dienstrecht, zu Hofrecht und zu Stadtrecht (Häuserleihe).

Das Lehnsverhältniß hat eine persönliche und eine dingliche Seite. Die Lehnserrichtung erfolgt durch den Doppelact der Hulde und Leihe. Der Mann schwört, dem Herrn so treu und hold zu sein, als ein Mann von Rechts wegen dem Herrn soll (Hulde schwören) und bietet, indem er knieend seine gefalteten Hände in die Hände des Herrn legt, seine Mannschaft an (Hulde thun, Mannschaft leisten). Auch die Leihe erfolgt als ein symbolischer Act; sie gibt dem Manne ein Recht auf die Einweisung in das Lehen. Der Vasall ist nicht befugt, das Gut zu veräußern, darf es aber in die Afterleihe geben. Bei Herrn- und Mannfall muß binnen Jahr und Tag das Lehen gemuthet, die Lehnserneuerung erwirkt werden, soll das Lehn nicht heimfallen. In das Lehn folgen nur mänhliche Descendenten, doch bietet die Gesammtbelehnung ein Mittel, den Uebergang des Lehns auf Seitenverwandte zu sichern. Ist der Lehnserbe unmündig, so tritt sog. Lehnsvormundschaft ein, d. h. der Herr bezieht, bis der Lehnsmann zu seinen Jahren gekommen, die Nutzungen des Lehens. Von mehreren Lehnserben ist der Herr nur e i n e n, jenen, den diese vorschlagen, zu belehnen verpflichtet, ein Satz, woraus sich mit Rücksicht auf die Lehnsvormundschaft die Primogeniturfolge in Lehen entwickelte.

Ein eigenthümliches Recht an fremder Sache hat sich in den Grundlasten oder Reallasten ausgebildet. Sie bestehen darin, daß jeder Besitzer der Sache zu wiederkehrenden Leistungen verbunden ist, deren Ausbleiben den Berechtigten befugt, sich an die Sache zu halten. Die Leistungen konnten in Zinsen, Zehnten, Frohnden und Renten bestehen. Das Recht wurde durch Auflassung begründet und zählte zum unbeweglichen Vermögen. Nur die Sache war verhaftet, nicht auch das sonstige Vermögen des Besitzers. Rückstände blieben auf der Sache liegen und bildeten nicht etwa eine persönliche Schuld Desjenigen, unter dessen Eigenthumsperiode sie entstanden. Nicht selten erscheinen die Grundlasten als der rechtliche Niederschlag früheren Eigenthums, welches sich in einem Leiheverhältnisse zu einem bloßen Zinsrechte umgewandelt hat, ein Proceß, der namentlich in der Geschichte der städtischen Häuserleihe deutlich zu Tage tritt.

Das Eigenthum an der beweglichen Sache war nicht in allen Fällen durch eine absolute (gegen jeden Dritten wirksame) Klage geschützt. Hatte jemand seine Sache selbst einem anderen anvertraut, so hatte er keine Klage gegen den dritten Besitzer, sondern mußte sich an die Hand halten, in die er sie gegeben. „Hand muß Hand wahren". „Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen". Dagegen war im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes, also namentlich, wenn die Sache gestohlen oder geraubt worden, die Klage eine absolute. Traf man die Sache im Besitz eines Dritten, so nahm man den Anefang vor, d. h. man faßte die Sache unter bestimmten Förmlichkeiten an und behauptete die Thatsache des unfreiwilligen Verlustes. Erklärte sich der Besitzer nicht für den originären Erwerber der Sache, so hatte er seinen Gewährsmann anzugeben. Der Unterliegende mußte nicht nur die Sache herausgeben, sondern verfiel auch in die Diebstahlsbuße, wenn er nicht den durch die Anklage stillschweigend vorausgesetzten Vorwurf unrechtmäßigen Erwerbs entkräften konnte. Dem Verletzten stand es in allen Fällen

frei, eine Klage ohne Anefang zu erheben, welche im Gegensatz zur Anefangsklage als schlichte Klage bezeichnet wurde.

(Albrecht, Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts, 1828; Gaupp in der Zeitschrift für deutsches Recht, I; Brackenhöft, Zeitschrift für deutsches Recht, III, V; Homeyer, System des Lehnrechts § 30 ff. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen, 1852; Stobbe, Artikel Gewere in Ersch und Grubers Encyclopädie; Gerber in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge XI; Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857, und in der Zeitschrift für deutsches Recht XIV; Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848, und in Becker und Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 4; Stein, Untersuchungen über die Entwickelung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts, 1857; Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, 1860; *Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, 1869; Cf. Klimrath, Etude historique sur la saisine im 2. Bande seiner Travaux sur l'Histoire du droit français, 1843. — Duncker, Das Gesammteigenthum, 1843; Stobbe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, IV; Michelsen, Ueber die fistuca notata und die germ. Traditionssymbolik, 1856; Homeyer, Ueber die Heimath nach altdeutschem Recht, insbesondere über das Hantgemal in den philologischen und historischen Abhandlungen der Berliner Akademie, 1852; Zöpfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechtes II, N. 9, 11, 12. — Homeyer, System des Lehnrechts; Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten; v. Maurer, Geschichte der Frohnhöfe. — Dunker, Lehre von den Reallasten, 1837; Renaud, Beitrag zur Theorie von den Reallasten, 1846; Arnold, a. a. O.; Neumann, Geschichte des Wuchers, 1865; v. Wyß, Die Gült und der Schuldbrief nach Zürich. Recht in der Zeitschrift für schweizer. Recht, 9, 1861. — Budde, De vindicatione rerum mobilium germ., 1837.)

§ 21. Das Vertragsrecht steht in seiner Entwickelung hinter der reichen Ausbildung des Sachenrechts zurück, eine Erscheinung, die sich aus dem Vorwiegen des Grundbesitzes im wirthschaftlichen Leben erklärt. Als Vertragsformen waren der Halmwurf, der Handschlag, der Weinkauf und die Zahlung des Gottespfennigs in Gebrauch. So lange nicht die Form den Abschluß des Vertrages kennzeichnete, war es dem Schuldner anheimgestellt, sich für nicht gebunden zu erklären und die Schuld mit seinem Eide abzuschwören.

Für die Zahlung haftet in erster Linie das Vermögen, in zweiter die Person des Schuldners. Dieser verfällt, wenn der Gläubiger aus dem Vermögen nicht befriedigt werden kann, in die Schuldknechtschaft, deren ursprüngliche Strenge sich im Laufe der Zeit dahin abschwächte, daß der Gläubiger den Schuldner für sich arbeiten ließ, bis die Schuld getilgt war. Die Schuldknechtschaft hat hiermit den Charakter eines Pfandrechts erhalten, dessen Object der Schuldner loco wadii war. Die Erben traten durch Uebernahme des Nachlasses nur in beschränkter Weise in die Schulden des Erben ein und hafteten keineswegs über den Belang der nachgelassenen Fahrhabe hinaus.

Um dieser beschränkten Haftung des Erben willen kam in Deutschland ein vielfach angewendetes Geldgeschäft, der Rentenkauf, in Uebung, welcher zugleich das durch die Kirche verbotene zinsbare Darlehn wirthschaftlich ersetzte. Der Rentenkäufer erwarb durch Hingabe einer Geldsumme das Recht, aus einem Grundstücke eine wiederkehrende Rente zu beziehen, welche der jeweilige Besitzer desselben zu zahlen hatte. Das Rentenrecht wurde durch Auflassung begründet und ruhte als Reallast auf dem Gute des Rentenverkäufers.

Um die Haftung aus dem Vertrage zu bestärken, kam es vor, daß der Schuldner versprach, für den Fall der Nichtbefriedigung des Gläubigers das Einlager zu leisten, d. h. sich freiwillig einer Beschränkung seiner persönlichen Freiheit zu unterziehen, welche insgemein in der Form erfolgte, daß er mit Begleitung in eine Herberge einritt, um dort so lange zu verbleiben, bis die Schuld bezahlt war oder der Gläubiger ihn seines Versprechens löste. Für Zuhaltung der Verbindlichkeit konnte der Schuldner auch seine Ehre einsetzen, indem er den Gläubiger befugte, ihn im Fall der Säumniß durch Wort und Bild öffentlich in seiner Ehre anzugreifen. Als Bestärkungsmittel waren ferner

Bürgschaft (welche nicht auf die Erben des Bürgen überging) und Pfandbestellung in Uebung.

Das deutsche Recht unterscheidet genommenes Pfand und gesetztes Pfand. Nur letzteres kommt als Sicherungsmittel bei Verträgen in Betracht. Die Zeit der Volksrechte kannte zumal an beweglichen Sachen eine Satzung als Strafgedinge, durch welche das gesetzte Pfand bei Nichterfüllung der Verbindlichkeit zur Strafe dem Gläubiger verfiel, während die Forderung bestehen blieb. Die entwickelteren Formen der Satzung machen eine Sonderung zwischen Liegenschaften und Fahrhabe nöthig. An ersteren haben sich zwei Hauptarten der Satzung entwickelt. Die ältere überträgt dem Gläubiger Besitz und Nutzung des verpfändeten Grundstücks, dessen Früchte er als Aequivalent für die Hingabe der Geldsumme bezieht, wenn nicht besonders verabredet worden, daß er das Erträgniß vom Einlösungscapital abzuziehen habe. In den Reichspfandschaften hat sich diese ältere Satzung über die Zeit der Reception hinaus erhalten. Seit dem 13. Jahrhundert bildete sich zuerst in den Städten eine jüngere Form der Satzung im Anschluß an das Verfahren bei der Realexecution in Immobilien. Der Gläubiger hatte weder Besitz noch Nutzung des Grundstücks, erlangte aber durch den öffentlichen und formellen Act der Satzung zur Sicherstellung seiner Forderung jene Rechte, die er haben würde, wenn das Gut im Executionswege für ihn als Pfand gefrohnt worden wäre. An der Fahrhabe war nur ein Faustpfand möglich, welches im Fall der Nichtbefriedigung nach manchen Rechten zur Uebereignung der Sache führte, nach anderen nur ein Distractionsrecht gewährte.

Die Pfandnahme ist entweder obrigkeitliche= oder Privatpfändung. Das Recht der letzteren hat der Grundeigenthümer an fremdem Vieh, das auf seinem Grundstücke Schaden anrichtet, und gegen die Person, die sein Besitzthum beschädigt oder sich daran eine Eigenthumsbefugniß thatsächlich anmaßt. Desgleichen hat es der Leiheherr und Vermiether wegen versessenen Zinses und particularrechtlich auch der Rentenherr. In Nothfällen, wenn die Forderung nicht in anderer Weise realisirt werden konnte, war die Pfändung jedem Gläubiger gestattet, so z. B. bis ins 15. Jahrhundert bei fruchtlos beschrittenem Rechtsweg. Wegen unbestrittener, durch formellen Vertrag begründeter Schuld hatte der Gläubiger in ältester Zeit ein außergerichtliches Pfändungsrecht. Doch erscheint die Ausübung desselben schon in der Mehrzahl der Volksrechte an gerichtliche Ermächtigung und an die Beobachtung gewisser Formen gebunden. Im Anschluß an die fränkische Gesetzgebung haben die deutschen Reichsgesetze zur Sicherung des Landfriedens die außergerichtliche Pfändung um Schuld verboten. Eine Ausnahme bildet nur der Fall der Pfändungsclausel, welche im späteren Mittelalter aufkam und durch welche der Gläubiger sich vom Schuldner in der Schuldurkunde ein außergerichtliches Pfändungsrecht verschreiben ließ.

(Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855; Witte, Die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VI; Endemann, Beiträge zur Kenntniß des Handelsrechts im Mittelalter bei Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, V; Lewis, Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers, 1864; Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865; Stobbe, Zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufs in der Zeitschrift für deutsches Recht XIX, über Leibrenten in dessen Beiträgen zur Geschichte des deutschen Rechts, 1865; Auer, Ewiggeldrecht in dessen Ausgabe des Stadtrechts von München, 1840; v. Meibom, Ueber Realschulden und Reallasten im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, 4. Vergl. noch die Literatur über Reallasten zu § 20. Friedländer, Das Einlager, 1868, Platner, Die Bürgschaft, 1857; v. Meibom, das deutsche Pfandrecht, 1867; Madai in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII; Budde daselbst IX; Stobbe in Krit. Vierteljahrsch. IX, 285; Wilda, Pfändungsrecht in der Zeitschrift für deutsches Recht I.)

§ 22. Die Familienrechtsverhältnisse sind auf das Mundium des Familienhauptes gebaut. Mundium, Vormundschaft bedeutet allgemein ein Schutz= und Vertretungs=

verhältniß, welches in seinen verschiedenen Anwendungen einen verschiedenen Inhalt haben kann. Unter Familienvormundschaft stehen jene, welche die Jahre der Mündigkeit noch nicht erreicht haben. Der Termin derselben ist in den einzelnen Stammesrechten verschieden bestimmt. Einen Vormund haben ferner die Sinnlosen und körperlich Gebrechlichen und die Frauen ohne Rücksicht auf ihr Alter.

Vormund über die verheirathete Frau ist der Mann. Die Eheschließung wurde nach älterem Rechte durch den Brautkauf eingeleitet, indem der Mann das Mundium über das Mädchen von dem Vormunde desselben kaufte. Die ohne Mundkauf eingegangene Verbindung konnte von dem Vormunde beliebig gelöst werden. Der Kaufpreis, Muntschatz, hat im Laufe der Zeit seinen Charakter geändert. Er fiel nämlich später nicht dem Vormund, sondern der Frau zu, mit der Bestimmung, deren Wittwenversorgung zu bilden. Die Aussetzung eines solchen Witthums (Dos) wurde als wesentliches Merkmal für die Eingehung einer rechten Ehe betrachtet. Eine Reminiscenz an die alte Bedeutung des Muntschatzes ist der Solidus und Denarius, welche nach salischem Recht noch als Scheinpreis an den Vormund bezahlt werden. Die Trauung blieb auch nach Einführung des Christenthums ein rein bürgerlicher Act, darin bestehend, daß die Braut im Kreise der Familie unter bestimmten Förmlichkeiten, die nach den einzelnen Stammesrechten verschieden waren, dem Bräutigam öffentlich übergeben wurde. Neben der Verlobung, Dotirung und Trauung galt auch das Beilager als rechtlich nothwendiger Act der Eheschließung.

Der Mann hat an dem Vermögen der Frau eine Gewere zu rechter Vormundschaft. Kraft derselben kann er davon nach Belieben veräußern; nur bezüglich des liegenden Gutes bedarf er der Zustimmung der Frau und ihrer nächsten Verwandten. Das gesammte eheliche Vermögen ist demnach durch das Verwaltungsrecht des Mannes über das Frauengut in Einer Hand geeinigt und bildet so nach außen hin eine ungeschiedene Gütermasse. Bei Auflösung der Ehe fällt das Vermögen in seine ursprünglichen Bestandtheile auseinander. Die Frau, resp. deren Erben erhalten die Aussteuer, welche sie in die Ehe eingebracht. War die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst worden, so erhielt die Frau noch ihr Witthum und die Morgengabe, d. i. das Geschenk, welches ihr der Mann am Morgen nach der ersten Brautnacht gegeben. Die Errungenschaft, das von den Gatten während der Ehe gemeinsam erworbene Gut wird in der Regel getheilt, entweder in gleiche Hälften, oder so, daß die Frau ein Drittel (Spindeltheil), die Erben des Mannes zwei Drittel (Schwerttheil) erhalten. Nach sächsischem Recht wird die Errungenschaftsquote und die Aussteuer ersetzt durch die Gerade, bestehend aus einer bestimmten Art von Gegenständen, welche dem weiblichen Lebenskreise angehören. Das sind die allgemeinsten Grundlinien jenes Güterrechtsystems, das die Neueren das System der Gütereinheit nennen. Auf die weiteren Besonderheiten der einzelnen Stammesrechte kann hier nicht näher eingegangen werden.

Neben dieses Gütereinheitssystem tritt außerhalb Sachsens schon ziemlich frühe ein anderes System, das der Gütergemeinschaft, dessen Ausbildung darin gipfelt, daß das Vermögen beider Ehegatten bei Auflösung der Ehe ohne Rücksicht auf seinen Ursprung in Quoten getheilt und schon bei Bestand derselben als gemeinsames Gut behandelt wird. Zwischen beiden Systemen stehen zahlreiche Uebergangsstufen.

Vormund über die Kinder ist der Vater. Die Tochter tritt mit der Verheirathung, der Sohn, sobald er sich wirthschaftlich selbstständig macht, aus der Vormundschaft und der damit verbundenen väterlichen Gewalt.

Wo es an der ehelichen oder väterlichen Vormundschaft gebricht, fällt das Recht der Vormundschaft an den nächsten Schwertmagen des Mündels, d. i. den nächsten männ-

lichen Verwandten männlicher Linie. Vormund über die Wittwe ist der nächste Schwertmage des verstorbenen Mannes, vorausgesetzt, daß dieser ihr ebenbürtig war.

(Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts 3 Bände, 1835—59; Rive, Die Vormundschaft im Rechte der Germanen, 1862; Friedberg, das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwickelung, 1865. — Laboulaye, Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours, 1843; Rive, De dote qualis sit in antiquis Germanorum legibus, 1856; Schroeder, de dote secundum leges gentium germanicarum antiquissimas, 1861. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 1863, 68; Martitz, Das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen, 1867; Cropp in Heise und Cropp's Juristischen Abhandlungen II, 427; Schwarz, Die Gütergemeinschaft nach fränkischem Recht, 1858; Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht, 1866; Roth in Becker und Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts III, 313 ff.; Hänel, Die eheliche Gütergemeinschaft in Ostfalen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte I, 273. — Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, 1865, 1. die Aufhebung der väterlichen Gewalt nach dem Rechte des Mittelalters.)

§. 23. Das Erbrecht ist ein Familienrecht und besteht in der Befugniß, den Nachlaß eines Verstorbenen in Besitz zu nehmen. Es begründet demnach nicht wie das römische Erbrecht eine Universalsuccession. Antretung der Erbschaft war nicht erforderlich. Der Todte erbte den Lebendigen, d. h. der Erblasser setzte durch seinen Tod den Erben in die Gewere (hier Besitzrecht bedeutend) seines Vermögens. Die Auseinandersetzung der Erbschaft konnte erst erfolgen, wenn der dreißigste Tag nach dem Tode des Erblassers abgelaufen war. Die Erben waren nur geborene, nicht gekorene. Fremd waren dem deutschen Rechte letztwillige Verfügungen. Die gesammte Blutsverwandtschaft begreift der Ausdruck Sippe. Busen bezeichnet die Descendenz, Schooß die Ascendenz. Nach den Geschlechtssymbolen heißen die Verwandten der männlichen Seite Schwertmagen, die der weiblichen Spill- oder Kunkelmagen. Die Nähe der Sippe wird nach Gliedern gezählt, angefangen vom Haupte des menschlichen Leibes bis zum Nagel der Hand.

Die dem deutschen Rechte ursprüngliche, wenn auch schon früh getrübte Erbfolgeordnung ist jene, welche man heutzutage als Parentelenordnung, Linealgradualfolge bezeichnet. Die nähere Parentel schließt die entfernteren aus. Eine Parentel bilden aber jene Personen, welche durch den nächsten Stammhalter verbunden sind. Zunächst sind zum Erbe berufen die Descendenten (erste Parentel), unter diesen wieder zuerst die Kinder des Erblassers. Enkel hatten anfangs, wenn sie mit Kindern des Erblassers concurrirten, kein Erbrecht. Erst nach langem Ringen hat die Gesetzgebung das sog. Repräsentationsrecht der Enkel zur Anerkennung gebracht. Fehlt der Busen, so tritt die Parentel des Vaters ein u. s. w. Innerhalb der Parentel entscheidet die Nähe des Gliedes.

Die männlichen Verwandten waren den weiblichen gegenüber bevorzugt. Ursprünglich mögen sie selbe vollständig ausgeschlossen haben. Der Mann ging zum Erbe, das Weib ging davon. Dieser Rechtssatz erlitt aber nach zwei Seiten hin eine Einschränkung. Er wurde entweder beschränkt auf die Erbfolge in den Grundbesitz, oder auf einen engeren Kreis der Verwandtschaft, innerhalb dessen der Mann die weiblichen Verwandten gleichen Gliedes völlig ausschloß, während die ferneren Verwandten das Erbe ohne Rücksicht auf den Geschlechtsunterschied theilten. Beide Bevorzugungsarten des Mannes konnten auch verbunden sein, indem in dem engeren Verwandtschaftskreise ein unbedingter, in dem weiteren nur ein Vorzug betreffs des Grundbesitzes statthatte. Die Wirkung des Geschlechtsunterschiedes wurde zuerst in den Städten beseitigt und von da aus ging die Gleichberechtigung in das Landrecht über. Doch hat sich der Vorzug des Mannsstammes für die Stammgüter des Adels und im Bauernrecht erhalten.

Für gewisse Gegenstände der nachgelassenen Fahrhabe kam eine besondere Erbfolge in Anwendung. Bei dem Tode eines Mannes fiel das Heergeräthe, bestehend aus den Dingen, die man zur Kriegsfahrt brauchte, an den nächsten Schwertmagen. Bei der Beerbung einer Frau nahm die nächste Niftel die Gerade, welche in ihrem Inhalt der

Wittwengerade entspricht. Eine besondere Stellung im Erbrechte hatte ferner das Handgemal, d. i. „das freie, mit einem etwa wehrhaften Wohnsitze versehene Grundstück eines Vollfreien, welches als Haupt- und Stammgut des Geschlechtes ungetheilt auf den Aeltesten von der Schwertseite sich vererbte".*

Das Erbrecht äußerte sich schon bei Lebzeiten des Erblassers in dem Wartrechte der nächsten Erben. Jener ist nämlich bei der Veräußerung von Grundbesitz an deren Zustimmung gebunden. Veräußerte er ohne dieselbe, so konnten diese binnen Jahr und Tag ihr Beispruchsrecht ausüben und das veräußerte Gut an sich ziehen, als ob bezüglich desselben der Erbfall bereits eingetreten wäre. Dieses Beispruchsrecht, welches uns in der Zeit der Rechtsbücher in voller Ausbildung entgegentritt, wurde zuerst in den Städten beschränkt und abgeschwächt. Beschränkt auf das ererbte Gut des Erblassers, dagegen beseitigt für das wohlgewonnene Gut. Abgeschwächt zu einem bloßen Retractsrecht, indem der Erbe nur durch Eintritt in die Veräußerungsbedingungen das Gut an sich bringen konnte. Vielfach ist aber schon im Mittelalter die volle Veräußerungsfreiheit des Erblassers rechtlich anerkannt worden. Bezüglich der Fahrhabe bestand nur die Beschränkung, daß die auf dem Siechbette vorgenommene Veräußerung ungültig war, ein Satz, gegen welchen namentlich die Kirche lebhaft ankämpfte.

Vergabungen auf den Todesfall waren unzulässig, weil der Erblasser dadurch die vergabte Sache nicht sich, sondern nur seinen Erben entzog. Doch kamen schon früh Rechtsgeschäfte in Uebung, durch welche man den factischen Erfolg einer solchen Vergabung herbeiführte, indem man dem Bedachten bereits bei Lebzeiten ein festes Recht an der Sache einräumte, sich aber in irgend einer Form die Nutzung bis zum Tode vorbehielt. Seit dem 13. Jahrhundert finden sich zuerst in Süddeutschland Zuwendungen auf den Todesfall durch formellen Vertrag, die sog. Erbverträge.

Testamente stellte die Kirche unter ihren Schutz. Sie übte die Gerichtsbarkeit in Testamentssachen und verlangte die Erfüllung des letzten Willens als sittliche Pflicht. Vor dem weltlichen Rechte wurden die Testamente zuerst in den Städten als rechtskräftig behandelt. Doch enthielten diese letztwilligen Verfügungen, Geschäfte, Gemächte genannt, nicht Erbeseinsetzungen im römischen Sinne, sondern nur einzelne Vermächtnisse. Um die Ausführung derselben vom Willen des Erben unabhängig zu machen, bediente man sich gewisser Mittelspersonen, Treuhänder, Executoren, welchen die Regulirung des Nachlasses übertragen wurde, eine Einrichtung, in welcher der Ursprung des Institutes der Testamentsexecutoren zu sehen ist. Die Testamente im römischen Sinne kamen in Deutschland erst mit der allgemeinen Reception der fremden Rechte in Geltung.

(Siegel, Das deutsche Erbrecht, 1853; v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, 1828; Homeyer, Der Dreißigste, Abhandlungen der Berliner Akademie, 1864; Majer, Teutsche Erbfolge, 1805; Siegel, Die germanische Verwandtschaftsberechnung mit besonderer Beziehung auf die Erbenfolge, 1853; Wasserschleben, Princip der Successionsordnung nach deutschem, insbesondere sächsischem Rechte, 1860; Derselbe, Die germanische Verwandtschaftsberechnung und das Princip der Erbenfolge, 1864; Homeyer, Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung, 1860; Rive, Zur Frage nach dem Princip der Successionsordnung im germanischen Rechte, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts VI, 197; Lewis, Zur Lehre von der Successionsordnung des deutschen Rechts in der Krit. Vierteljahrsschr., IX, 23. Neue Belege für die Par. O. denke ich an anderem Orte zu bieten. — Homeyer, die Heimat a. a. O; Zimmerle, Das deutsche Stammgutssystem, 1857; Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter nach älterm lübischen Rechte in dessen Abhandlungen aus dem lübischen Recht, I, 1837; Lewis, De origine facultatis heredibus in iure Germanico concessae prohibendi alienationes rerum immobilium, 1862; Stobbe, Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht, in Becker's und Muther's Jahrbuch, V; Pernice in der Kritischen Vierteljahrsschrift, IX. — Beseler, Lehre von den Erbverträgen, 1835—1840; Beseler, Von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für deutsches Recht IX; Hahn, De diversis testamentorum formis quae in Germania obtinuerunt observationes, 1847; Pauli, Abhandlungen, III, 1841.)

C. Die Rechtsentwickelung in Deutschland seit der Aufnahme der fremden Rechte.

§. 24. Das deutsche Reich ging seit Ausgang des Mittelalters seiner allmähligen Auflösung entgegen, da seine Verfassung die abgestorbenen und zur Unwahrheit gewordenen Formen des Lehnwesens nicht zu überwinden vermochte. In die inneren Kriege, welche die Reformation im Gefolge hatte, mengte sich das Ausland und gewann dadurch einen nachhaltigen Einfluß auf die deutschen Angelegenheiten, den es zur Schürung der Zwietracht im Reiche benutzte. Der Schwerpunkt der politischen Entwickelung der Nation ruhte nunmehr in den Territorien, von welchen Oesterreich in Verbindung mit außerdeutschen Ländern seinem Fürstengeschlechte den nahezu ununterbrochenen Besitz der deutschen Königskrone und des nun völlig inhaltslosen Kaisertitels sicherte. Die französische Revolution und ihre Folgen gaben die Veranlassung zum endlichen Zusammensturze des Reiches, das seine innere Lebensfähigkeit schon seit langem eingebüßt hatte. Nach kurzer Uebergangsperiode wurde 1815 eine rein äußerliche Einigung Deutschlands durch Schöpfung eines unvollkommenen Staatenbundes hergestellt, welcher die in den Befreiungskriegen angeregten Erwartungen keineswegs erfüllte und seiner Grundverfassung nach einer Weiterentwickelung unfähig war, auch wenn die Rivalität der aus ursprünglichen Markgrafschaften herausgewachsenen Großmächte Oesterreich und Preußen eine solche zugelassen hätte. Die Ereignisse des Jahres 1866 haben die Bundesverfassung gesprengt, nachdem sie mit kurzer Unterbrechung ungefähr ein halbes Jahrhundert bestanden hatte. Damit vollzog sich nur der langsame Auflösungsproceß, den die Entwickelung der Territorialgewalten begonnen hatte. Diese kann aber bei jenem negativen Ergebniß nicht stehen bleiben. Sie wird ihre Aufgabe nicht eher vollendet haben, als bis sie der zum Einheitsbewußtsein gelangenden Nation das wiedergibt, was sie ihr genommen, die politische Einheit, ohne darum aufzugeben, was sie nur im Gegensatz zu dieser schaffen konnte, den modernen Staat.

§ 25. Die Umbildung der Culturzustände, wie sie die Neuzeit vom Mittelalter scheidet, ist nicht eine Deutschland eigenthümliche, sondern eine europäische Thatsache und braucht hier nicht des näheren nachgewiesen zu werden. Im deutschen Reiche zeigte sich am Anfang des 16. Jahrhunderts eine dreifache Bewegung, eine religiöse, eine politische und eine sociale. Die erste siegte in einem großen Theile von Deutschland, getragen durch die Unterstützung der Landesherren und den Geist des Bürgerthums. Die zweite, welche eine Umgestaltung der Reichsverfassung bezweckte, ging von der freien Reichsritterschaft aus und scheiterte ebenso wie die dritte, welche den unterdrückten Bauernstand zum Aufruhr trieb.

Das Reich hielt bis an's Ende seiner Tage an seiner Ständegliederung fest. Es kannte Reichsfürsten, Grafen und Herren, Reichsritter, Reichsstädter und Reichsbauern. Der Reichsadel zerfiel in einen hohen und niederen, von denen der erste neben der Reichsunmittelbarkeit die Reichsstandschaft und den Besitz eines Territoriums voraussetzte. In den Territorien dagegen wurden die aus dem Mittelalter herübergenommenen Standesunterschiede im wesentlichen verwischt, um dem Begriffe eines allgemeinen Staatsbürgerthums Platz zu machen, wie es schon früher die Städte in kleinerem Kreise ausgebildet hatten. Der landsässige Adel büßte seine Bedeutung als gesellschaftlicher und politischer Factor im Staatsleben ein, da die Grundlagen seiner Sonderstellung verloren gingen. Das Ritterthum hörte mit der Einführung der stehenden Heere auf, ein Berufsstand zu sein. Das Beamtenthum, welches durch die Reception der fremden Rechte mächtig gefördert wurde, verdrängte den Adel von der Staatsverwaltung, soweit er nicht in dasselbe auf-

ging. Durch die Adelsverleihungen wurde der Briefadel geschaffen, dem es häufig an dem Grundbesitze gebrach, der sonst als Voraussetzung des höheren Standes galt. Nach dem dreißigjährigen Kriege erscheint die oft bethätigte Widerstandskraft des Adels gegen die Landesherren allenthalben als gebrochen. Seit dieser Zeit lebt er nur noch als künstlich erhaltene historische Reminiscenz durch enges Anlehnen an die Höfe. In Folge der Reformation erwarben die Landesherren die kirchliche Gewalt über ihre protestantisch gewordenen Unterthanen. In den katholischen Ländern sah sich die Kirche genöthigt, sich in den Dienst der Staatsgewalt zu begeben. Die Städte gingen, seit die Landesherren die von jenen zuerst entwickelten Staatsgedanken im großen durchführten, in ihrem Wachsthum zurück. Das Handwerk wurde exclusiv. Die Zunftverfassung erstarrte und das Wort Zunft bekam seinen modernen Beigeschmack. Erst der neuesten Zeit blieb es vorbehalten, mit dem Zunftzwange zu brechen und ihn durch freie Einungen zu ersetzen. Am längsten ließ die bürgerliche Gleichstellung des Bauernstandes auf sich warten. Durch den Verfall der hofrechtlichen Verfassung verloren die Bauerschaften ihre autonome Stellung; allein die hofrechtlichen Lasten blieben bestehen und wurden mitunter willkürlich vermehrt. Die Versuche der Bauern, sich gegen diese factische Verschlechterung ihrer Lage selbst zu helfen, schlugen fehl und führten zum Theil zu neuer Unterdrückung. Erst der Absolutismus der Staatsgewalt griff hier bessernd ein, indem er alles bevormundend und die Selbstverwaltung zerstörend, auf dem Umwege der allgemeinen Unterthanenschaft den Begriff des Staatsbürgerthums schuf. Die Leibeigenschaft wurde von Staats wegen aufgehoben und endlich auch der bäuerliche Besitz von den auf ihm haftenden Grundlasten befreit. Die Gleichheit der öffentlichen Rechte und Pflichten, wie sie der germanische Staat gekannt, ist damit im Principe wiedergewonnen, zugleich aber auch der Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit beseitigt, dessen Ausgleichung die Ständegeschichte der Zwischenzeit erfüllt.

(Biedermann, Deutschlands politische, materielle und sociale Zustände im 18. Jahrhundert, 1854; Roth von Schreckenstein, Geschichte der ehemaligen freien Reichsritterschaft, 1859; Schönberg, Zur wirthschaftlichen Bedeutung des deutschen Zunftwesens im Mittelalter, 1868; Mascher, Das deutsche Gewerbewesen von der frühesten Zeit bis auf die Gegenwart, 1866; Maurer, Geschichte der Fronhöfe, 1862; Sugenheim, Geschichte der Aufhebung der Leibeigenschaft 2c., 1861.

§ 26. Die Reception der fremden Rechte und namentlich des römischen Rechtes hat sich in Deutschland nicht durch einen plötzlichen Act vollzogen, sondern ist das Ergebniß eines lange dauernden Processes, in welchem wir das Stadium der theoretischen und jenes der praktischen Reception unterscheiden können. Die theoretische Reception liegt in dem Aufkommen der Ueberzeugung, daß das römische Recht in Deutschland Anspruch auf Geltung habe. Die praktische besteht in dem Eindringen des römischen Rechtes in die deutschen Gerichte. Jene reicht in das zwölfte Jahrhundert zurück und wurzelte in dem Gedanken, daß das römische Reich deutscher Nation eine Fortsetzung des alten römischen Reiches bilde, daß demnach die Gesetze der römischen Kaiser Gesetze der Vorfahren der deutschen Könige seien und als solche subsidiäre Kraft hätten. Die Beziehungen, in welche die Könige aus dem Hause der Staufer zu den Lehrern des römischen Rechts in Italien traten, boten der Verbreitung und Vertiefung dieser Idee reichliche Nahrung. Vermittelt wurde die Kenntniß des fremden Rechtes der Nation durch die Rechtsschulen Italiens, deren Weltruf auch aus Deutschland zahlreiche Schüler anzog, schon aus dem rein praktischen Grunde, weil das damals in so viele Lebensfragen eingreifende kanonische Recht sich in seiner Entwickelung vielfach an das römische Recht anlehnte. Zuerst äußerte sich der Einfluß desselben in der deutschen Rechtsliteratur. Der Schwabenspiegel nimmt schon einzelne römische Rechtssätze in sich auf. In der Glosse zum Sachsenspiegel wurde

der Versuch gemacht, eine Concordanz zwischen dem Sachsenrechte einerseits, den leges und canones andererseits herzustellen. Noch größeren Einfluß hatte die Kenntniß des fremden Rechtes auf die Arbeiten des Nicolaus Wurm und des Stadtschreibers Johannes von Brünn. Die fremdrechtlich geschulten Juristen wurden in Deutschland anfänglich nur in Verwaltungssachen verwendet. Zur Rechtsprechung gelangten sie zuerst am Hofe des Königs, welcher Angelegenheiten, die er persönlich entschied, ihrem Rathe anheimgab, dann aber auch sein Kammergericht zum Theil mit Rechtsgelehrten besetzte. Als 1495 das Reichskammergericht gegründet wurde, ließ man die Beisitzer, die zur Hälfte Doctoren sein sollten, schwören, zu richten nach des Reiches und gemeinen Rechten, eine Formel, in der auch das römische Recht inbegriffen ist. Nachdem das oberste Reichsgericht vorausgegangen war, mußten die Territorial- und Stadtgerichte, in ihrer Eigenschaft als untere Instanzen nothgedrungen nachfolgen. Am längsten hielt sich von fremder Beimischung das Dorfrecht frei, dessen Quellen, die Weisthümer, noch für geraume Zeit eine Fundgrube volksthümlicher Rechtsanschauung bleiben. — In dem nun beginnenden Kampfe zwischen einheimischem und fremdem Rechte fand dieses kräftigste Unterstützung an den deutschen Universitäten durch die ausschließlich auf dasselbe gerichtete Lehrthätigkeit und die Spruchpraxis der Juristenfacultäten, mit welcher diese zum Theil an die Stelle der alten Oberhöfe traten. Noch nachhaltiger aber wirkte die populäre juristische Literatur, welche in zahlreichen Werken die Lehren des römischen und kanonischen Rechtes auf gemeinfaßliche Weise dem ungelehrten Laien verständlich zu machen suchte. Als die bedeutendsten und wirksamsten Arbeiten dieser Art erscheinen Ulrich Tenglers Laienspiegel und eine von Sebastian Brandt neu aufgelegte und Klagspiegel getaufte Arbeit eines unbekannten Verfassers.

Recipirt wurde in Deutschland 1) das römische Recht, wie es in den Institutionen, den Pandekten, dem Codex und den Novellen vorlag und soweit diese glossirt worden waren. Recipirt wurde 2) das Corpus juris canonici (clausum), d. h. es wurde der Inhalt desselben auch in den weltlichen Gerichten als Entscheidungsnorm maßgebend. In Aufnahme gelangte endlich, da die Reception nun einmal im Zuge war, 3) das langobardische Lehnrecht, enthalten in den libri feudorum, einer Privatcompilation von Stücken verschiedener Entstehungszeit, welche in Italien dem Corpus juris civilis als decima collatio novellarum beigefügt worden war.

Die fremden Rechte wurden nach der ursprünglichen Idee nur als subsidiäres Recht aufgenommen, also für Rechtsfälle, über die das einheimische Recht keinen Aufschluß gab. In der Praxis aber wurde das wahre Verhältniß umgekehrt. Die gelehrten und halbgelehrten Juristen, mit welchen die Gerichte besetzt waren, verschlossen sich der Kenntniß des deutschen Rechtes. Sie verlangten bei Rechtsstreitigkeiten von den Parteien, daß einheimische Gewohnheiten als Facta zu beweisen seien und machten die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes von den römischen Verjährungsfristen abhängig. Nur in den Ländern des sächsischen Rechtes, die überhaupt fester an dem Hergebrachten zu halten pflegten, stellte sich das Verhältniß etwas besser, sofern die Kenntniß des gemeinen sächsischen Rechtes Pflicht des Richters war und der Sachsenspiegel mit der über ihm entstandenen Literatur in Anwendung blieb.

Die Thatsache der Reception an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Vertheidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß aller Culturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorausgegangener Cultur zur Voraussetzung hat. Ihre Erklärung findet sie in dem damaligen Zustande des deutschen Rechts. Die Entwickelung größeren Verkehrs forderte ein einheitliches Recht. Das Bedürfniß nach einem solchen zeigt sich in dem Auftauchen von Arbeiten wie der Deutschenspiegel, der Schwa-

benspiegel und das Kaiserrecht, welche ein einheitliches Recht darzustellen suchten, ohne diese Aufgabe auch nur annähernd zu lösen. Da die einheimische Rechtsentwickelung über ihren Particularismus nicht hinauskam, trat das fremde Recht in die leergelassene Lücke ein. Abgesehen hievon war das deutsche Recht gerade damals in einer Umbildung begriffen, welche auf vielen Gebieten im Corpus juris civilis Anknüpfungspunkte fand, so daß die Aufnahme desselben hierin nur als Abschluß einer im einheimischen Rechte bereits angebahnten Entwickelung erscheint. Diese Annäherung mußte die Reception erleichtern, während die Volksrechte gerade wegen ihres größeren Gegensatzes zum römischen Rechte, trotz enger örtlicher Berührung gegen dasselbe Stand gehalten hatten. Allein was stets Tadel und Vorwurf hervorrufen wird, ist die Art, wie die Reception durchgeführt wurde. Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignoriren des deutschen Rechts, jenes geistlose und rein äußerliche Aufpfropfen römischer Rechtssätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntniß des Gegensatzes zwischen diesen und dem römischen Rechte, welche taub machte gegen die Wahrheit, daß kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag. Wenn man erwägt, daß wir in Folge dieser Fehler das römische Recht noch heute nicht vollständig verdaut haben, mag man die Verwirrung ermessen, welche zur Zeit der Reception unter der Herrschaft eines unsäglich bornirten Juristenstandes im deutschen Rechtsleben einriß.

(Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II; Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter; Franklin, Beiträge zur Gesch. der Reception des römischen Rechts, 1863; Roderich Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechtes in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechzehnten Jahrhunderts, 1867; Muther, Zur Quellengeschichte des deutschen Rechts in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, IV, 380; Schmidt, Die Reception des römischen Rechts in Deutschland, 1868; Dieck, Literärgesch. des Longobardischen Lehnrechts bis zum vierzehnten Jahrhundert, 1828; Laspeyres, Ueber die Entstehung und älteste Bearbeitung der libri feudorum, 1830; Dieck, De tempore quo jus feudale Longobardorum in Germaniam translatum ibique receptum sit, 1843. — Ueber die Quellen des römischen und kanonischen Rechts war an anderem Orte die Rede. Ulrich Tenglers Layenspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten, Augsb. 1509 u. öfter. Der richterlich Clagspiegel u. s. w. durch Doctorem Sebastianum Brandt wider durchsichtiget und .... zum teyl gebessert 1516 u. öfter. Die Libri feudorum stehen hinter den Ausgaben des Corpus juris civilis.)

Die Gesetzgebung seit der Reception der fremden Rechte ist entweder Reichs- oder Territorialgesetzgebung. In Reichssachen übten sie Kaiser und Reichstag aus. Die Gesammtheit der auf einem Reichstage zu Stande gekommenen Reichsschlüsse nannte man Reichsabschied, recessus imperii, weil sie bei Entlassung des Reichstags verkündet wurden. Der jüngste Reichsabschied ist der von 1654; denn der 1663 berufene Reichstag blieb permanent.

Für das Reichsstaatsrecht, welches durch die Reception in keiner Weise berührt wurde, kommen als Quellen besonderer Art seit 1520 in Betracht die Wahlcapitulationen, Versprechungen an die Reichsstände, welche vom König vor der Krönung beschworen werden, ferner die Religionsverträge und Friedensschlüsse, so der Westfälische Friede von 1648, dessen wesentlicher Inhalt, soweit er das Staasrecht betrifft, in der Erledigung der s. g. gravamina ecclesiastica und der gravamina politica besteht und den der jüngste Reichsabschied zum Reichsgesetz erhob, und der Lüneviller Friede von 1801, auf welchem der Reichsdeputationshauptschluß von 1803 beruht.

Auf jenen Rechtsgebieten, wo die Reception Platz griff, hat die Reichsgesetzgebung ihre Aufgabe nur zum Theil erfüllt. Die in der Strafrechtspflege eingerissene Verwirrung zwang zur Erlassung eines Reichsgesetzes, welches als peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio criminalis Carolina, C. C. C.) 1532 verkündet wurde. Zur Grundlage diente hiebei die vom Freiherrn von Schwarzenberg zum Theil im Anschluß an das

Bamberger Recht ausgearbeitete, 1507 eingeführte Halsgerichtsordnung für das Fürstbisthum Bamberg. Das Privatrecht ließ die Reichsgesetzgebung fast völlig außer Acht. Für das bürgerliche Gerichtsverfahren ist außer den Kammergerichts- und Reichshofrathsordnungen namentlich der jüngste Reichsabschied zu erwähnen, welcher einige wichtige processuale Grundsätze feststellte.

Da die Reichsgesetzgebung den durch die Reception arg erschütterten Rechtszustand in umfassender Weise zu ordnen unterließ, sah man sich in der Mehrzahl der größeren Territorien veranlaßt, selbstständige Landesgesetze über Privatrecht und Proceßrecht ins Leben zu rufen. Unter dem Einfluß gelehrter Juristen entstanden, fußen sie hauptsächlich auf dem fremden Rechte. Dagegen schloß sich die Territorialgesetzgebung über Strafrecht und Strafverfahren an die Carolina an. Besonders hervorzuheben sind die Tiroler Landesordnungen von 1532 und 1573, das Würtembergische Landrecht von 1555, revidirt 1567 und 1610, die Landesconstitutionen des Kurfürsten August von Sachsen von 1572, die kursächsischen Decisionen von 1661 und 1746 und die Codices Maximilianei Bavarici 1751—1756. Ebenso wurden in den Städten, soweit sie nicht der Landesgesetzgebung unterworfen wurden, die alten Stadtrechte reformirt, um sie, so viel als möglich, mit dem neuen Rechtszustande in Einklang zu bringen.

Seit dem siebzehnten Jahrhundert machte sich in der Wissenschaft eine Opposition gegen die ausschließliche Herrschaft des römischen Rechtes bemerkbar. Nachhaltiger als das mit bescheidenen Anfängen erwachende Studium des deutschen Rechts wirkte in dieser Beziehung der Einfluß der naturrechtlichen Schule, welche das Recht, zum Theil im Gegensatze zum römischen, aprioristisch construirte und nicht selten deutsch-rechtliche Gedanken den damaligen Culturverhältnissen entsprechend als Postulate der Vernunft formulirte. Diese naturrechtliche Auffassung gab die Energie und den Muth zu den umfassenden Gesetzgebungen, Codificationen, welche Ende des vorigen, Anfang dieses Jahrhunderts statthatten. Eine solche erhielt Preußen durch das allgemeine preußische Landrecht von 1794 und die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1795 und Oesterreich durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, die allgemeine Gerichtsordnung von 1781 und das Gesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803, dem eine Halsgerichtsordnung von 1768 und ein Strafgesetz und eine Strafproceßordnung von 1787—88 vorausgegangen waren. In einem Theile von Deutschland kam französisches Recht in Geltung, wie es auf Veranlassung Napoleons codificirt worden war. Nach den Befreiungskriegen tauchte das Project einer einheitlichen Gesetzgebung für ganz Deutschland auf, welches aber nur die Wirkung hatte, eine wissenschaftliche Controverse hervorzurufen. Auf dem Gebiete des Handels- und Wechselrechts ist seitdem durch die allgemeine deutsche Wechselordnung und das deutsche Handelsgesetzbuch wenigstens eine materielle Rechtseinheit hergestellt worden. Dem Norddeutschen Bunde wird u. a. die Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren eine gemeinsame sein. In einigen kleineren Staaten Deutschlands wurden in neuester Zeit Gesetzbücher über einzelne Rechtsgebiete entweder bereits eingeführt oder doch zur Einführung vorbereitet. Gegenüber dem berechtigten Streben der Nation nach einer einheitlichen Gesetzgebung fehlt diesen verspäteten Erzeugnissen des Particularismus von vornherein das Recht ihrer Existenz.

(Die oben angeführte Koch'sche Sammlung der Reichsabschiede geht nur bis 1730. Eine systematisch geordnete Sammlung bietet K. Fr. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, 1786—94; Capitulationes Imp. et regum Romano-germ. Caroli V etc. cum annotamentis Joh. Limnaei, 1658; Ziegler, Wahlcapitulationes rc., 1711. Eine Uebersicht der Landesgesetze bei Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, und Kraut, Grundriß. Ueber die Codificationen siehe

Stobbe, Rechtsquellen; v. Domin, Neuere österreichische Rechtsgeschichte, 1869; Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814; v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814; 3. Aufl. 1840.)

§. 27. Die Verfassung des deutschen Reiches bietet während seiner lange dauernden Auflösungsperiode ein höchst unerquickliches Bild. Der deutsche König, welcher seit Maximilian I. auch ohne Kaiserkrönung den Kaisertitel führt, steht den übrigen Reichsständen als erster Reichsstand gegenüber. In allen wichtigeren Angelegenheiten ist er an die Zustimmung des Reichstages gebunden. Doch bedürfen die Beschlüsse desselben seiner Sanction und hat er gegen dieselben ein absolutes Veto. Im übrigen ist seine Machtvollkommenheit auf etliche Reservatrechte zusammengeschrumpft, von denen manche nur mit Zustimmung der Kurfürsten, andere in Folge von Verleihungen nicht vom Kaiser allein ausgeübt wurden. Der Reichstag zerfiel in drei Collegien, das Kurfürstencollegium, den Reichsfürstenrath (Fürsten, Grafen und Herren) und das Städtecollegium. Damit ein Reichsschluß zu Stande komme, war die Uebereinstimmung aller drei Collegien nebst der Sanction des Kaisers erforderlich. Die oberste Gerichtsgewalt des Königs erlitt eine wesentliche Einschränkung durch die Gründung des Reichskammergerichts. Die unregelmäßige Hegung des königlichen Hofgerichts und später des Kammergerichts hatte zu Klagen und Beschwerden Anlaß gegeben und 1495 mußte sich Max I. zur Einführung eines obersten Reichsgerichts verstehen, dessen Besetzung in überwiegendem Maße nicht von ihm, sondern von den Reichsständen abhing. Um diese Einbuße quitt zu machen, wurde von den Kaisern eine ursprünglich für die österreichischen Erblande geschaffene Behörde zum Reichshofrathe ausgebildet, welcher — abgesehen von Lehnssachen und Criminalsachen der Reichsunmittelbaren — eine mit dem Reichskammergerichte concurrirende Gerichtsbarkeit ausübte. Die gutgemeinten Versuche, ein kräftiges und dauerndes Executivorgan zu schaffen, blieben leider erfolglos. Als solches hatte sich von Zeit zu Zeit der 1338 gegründete und öfter erneute Kurverein von Rhense, wenigstens in gewissen Beziehungen, benommen. 1495 traten die Reichsstände mit dem Projecte eines Reichsrathes auf, welches vom König verworfen wurde. So wurde denn die Sorge für Aufrechthaltung des Landfriedens und Vollstreckung der kammergerichtlichen Urtheile zuerst einer jährlichen Reichsversammlung, dann einem Reichsregimente und nach dessen endgültiger Auflösung zehn Reichskreisen übertragen, in welche Deutschland zu diesem Behufe eingetheilt wurde.

Die Macht der Landesherren war sowohl nach oben, gegenüber Kaiser und Reich, als nach unten in stetigem Wachsen begriffen. Durch den westfälischen Frieden wurde die Landeshoheit, sowie die Theilnahme der Reichsstände an der Reichsregierung staatsrechtlich und völkerrechtlich anerkannt. Die Landesherren erlangten damals das Recht, untereinander und mit auswärtigen Mächten Bündnisse abzuschließen und im Anschluß daran das Gesandtschaftsrecht. Im Verhältniß zu den Unterthanen machten sie das Recht der Besteuerung geltend, handhabten sie das jus reformandi und dehnten sie den Umfang des Regalitätsbegriffes aus. Die Landtage hatten zu Anfang dieser Periode durch die steigende Geldnoth der Fürsten ihre höchste Machtentfaltung erreicht. Seit die Landeshoheit nach oben hin die Unabhängigkeit errungen, „wird alle Kraft derselben, die bis dahin durch den Kampf mit der Centralgewalt im Reiche noch gebunden gewesen war, gegen das Hemmniß von unten, gegen die Landstände verfügbar.“* Nach dem dreißigjährigen Kriege erscheint ihre Kraft als gebrochen. In den Territorien bildet sich seit dieser Zeit der landesherrliche Absolutismus aus, gestützt auf die Lehre, daß der Landesherr unbeschränkt sei, soweit nicht die Unterthanen ein entgegenstehendes Recht beweisen könnten. Im achtzehnten Jahrhundert wurden die landständischen Verfassungen entweder ausdrücklich aufgehoben oder zu bloßem Scheinwesen herabgedrückt. Die neueste Zeit brachte den

einzelnen Ländern Deutschlands Repräsentativverfassungen, Volksvertretungen im eigentlichen Sinne, während die alte Landschaft nicht als Organ des Landes, sondern kraft eigenen Rechts das Land repräsentirte und schließlich zu einer privilegirten Körperschaft herabgesunken war.

(Pfeffinger, Vitriarius illustratus seu institutiones juris publici Rom. Germ. antiq. et modern. Imp. etc., 1731; Datt, De pace imperii publica libri V, 1698; J. J. Moser, Deutsches Staatsrecht, 1737—1754, und Ergänzungen über specielle Gegenstände des Staatsrechts, s. g. Neues deutsches Staatsrecht, 1766—75; Pütter, Literatur des deutschen Staatsrechts, 1776—1783; Ersch, Literatur der Jurisprudenz und Politik, 1812. Vgl. die Literatur zu §. 16. *K. Maurer, Landstände in Bluntschli's Staatswörterbuch, VI.; Menzel, Diether von Isenburg, Erzbischof von Mainz 1459—1463, ein Beitrag zur Geschichte der staatlichen und kirchlichen Reformbestrebungen des 15. Jahrhunderts, 1868; Thudichum, Das vormalige Reichskammergericht und seine Schicksale in der Zeitschrift für deutsches Recht, 20; Wyneken, Die Regimentsordnung von 1521 in ihrem Zusammenhang mit dem Kurverein in den Forschungen zur deutschen Geschichte, VIII.)

§. 28. Das Privatrecht wurde durch die Reception der fremden Rechte am intensivsten getroffen. Dennoch wurde auch auf diesem Gebiete nicht etwa das gesammte deutsche Recht außer Kraft gesetzt. Es erhielt sich für Rechtsverhältnisse, welche dem römischen Rechte unbekannt waren, wie z. B. die Grundlasten. Andererseits wurde römisches Recht nicht aufgenommen, wenn das betreffende römische Rechtsverhältniß in Deutschland fremd war, wie das bezüglich der römischen Sclaverei zutraf. Rechtsverhältnisse, welche beide Rechte kannten, hatten häufig dieselbe Normirung oder es hatte sich das deutsche Recht der des römischen bereits genähert. Dann trat wenigstens nichts durchaus Fremdes an die Stelle des Alten. Von einem eigentlichen Kampfe konnte nur soweit die Rede sein, als beide Rechte dasselbe Verhältniß verschieden normirten. Das Ergebniß war nicht immer dasselbe. Entweder wurde der deutsche Rechtssatz ausgestoßen oder die Reception des römischen abgelehnt, oder es fand eine gegenseitige Modification statt, eine Verschmelzung römisch-rechtlicher und deutsch-rechtlicher Grundsätze. Nicht selten hat ein deutsch-rechtliches Institut nur ein römisch-rechtliches Gewand oder nur einen römischen Namen erhalten, indem man z. B. die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Gründung einer selbstständigen Wirthschaft als Emancipatio auffaßte. Sogar völlig neue Rechtsinstitute bildeten sich durch Verquickung römischer und deutscher Rechtsideen, so das Familienfideicomiß. Weder das römische noch das deutsche Recht sind seit der Reception auf ihrem damaligen Standpunkte stehen geblieben, beide haben sich seitdem fortgebildet. Namentlich das moderne Verkehrsrecht schuf eine große Anzahl neuer Einrichtungen, welche im römischen Rechte keinen Anknüpfungspunkt finden. Im allgemeinen läßt sich das Verhältniß beider Rechte etwa auf folgende Art bestimmen. „In den Fragen über Rechts- und Handlungsfähigkeit ist das römische Recht nicht als Grundlage unseres heutigen Rechtes anzusehen.“* Im Familienrechte überwiegt das deutsche Recht. Reines römisches eheliches Güterrecht gilt mit verschwindenden Ausnahmen nirgends in Deutschland. Die patria potestas hat ebenso wenig wie das römische Peculienrecht bei uns Wurzel geschlagen. Unsere Vormundschaft hat in Folge der Ausbildung der staatlichen Obervormundschaft einen von der römischen total verschiedenen Charakter. Dasselbe Verhältniß gilt für das Sachenrecht. Die römische Besitzlehre ist zwar im allgemeinen recipirt, allein der Begriff des Rechtsbesitzes auf eine breitere Grundlage gestellt worden. Die Lehre vom Eigenthumserwerb hat zum Theil in Folge der Ausbildung der Regalien im Jagd-, Fischerei- und Bergrechte vom römischen Rechte durchaus abweichende Rechtssätze aufzuweisen. Im größeren Theile von Deutschland hat das Institut der öffentlichen Bücher für das Grundeigenthum das deutsche Auflassungsprincip mehr oder minder gewahrt. Dasselbe gilt von der Ausschließung der Eigenthumsklage bei

Mobilien, bezüglich des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren. Das deutsche Pfandrecht wurde zwar durch die Reception auf das ärgste in Verwirrung gebracht, ist aber bereits zum größten Theile wieder auf Grund deutscher Rechtsprincipien umgestaltet worden. Die Reallasten, das Lehnrecht, die Rechtsverhältnisse der deutschen Bauergüter sind dem römischen Rechte fremd. Im Obligationenrechte hat — abgesehen von den Instituten des Handels-, Wechsel- und Seerechts — das römische Recht bei der Theilung den Schwerttheil davongetragen. Dennoch finden sich wesentliche Abweichungen. Das streng persönliche Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es die römische Obligatio charakterisirt, ist uns fremd; daher die allgemeine Uebertragbarkeit der Forderungen, der Erwerb der Forderung durch freie Stellvertretung, die Möglichkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. Das römische Recht kennt weder die allgemeine Klagbarkeit der Verträge, noch die große Anzahl neuentstandener Vertragsarten, von denen der Verlagsvertrag, der Versicherungsvertrag, die Leibrentenverträge, die Inhaberpapiere Beispiele bieten. Auch das Erbrecht enthält neben seinen römisch-rechtlichen Grundlagen eine Masse deutsch-rechtlicher Bestandtheile, so die Erbverträge, die Testamentsexecutoren, Fideicomiß und Lehnserbfolge, zu geschweigen von der Geltung deutscher Erbrechtssätze in den Particularrechten.

(Vgl. die Lehrbücher des heutigen deutschen Privatrechts. *Roth im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, VIII, 303 ff.)

§. 29. Das Strafrecht zeigt zur Zeit der Reception, zumal in Süddeutschland, das Bestreben, der Verübung von Verbrechen durch große Härte entgegenzuwirken. Die Todesstrafe wird ungebührlich ausgedehnt und in Folge dessen sieht man sich genöthigt, dieselbe für schwerere Fälle in grausamer Weise zu verschärfen. Die einreißende Verwilderung machte eine Reform zum dringenden Bedürfniß. Diese erfolgte durch die peinliche Gerichtsordnung Karls des Fünften, welche mit Rücksicht auf die damaligen Rechtszustände als ein wesentlicher Fortschritt erscheint und den Ausgangspunkt für die Fortbildung des Strafrechts in der Folgezeit abgibt. Auf die Criminalgesetzgebung der neueren Zeit übten die rechtsphilosophischen Schulen den maßgebendsten Einfluß. Mehr als ein anderer Rechtszweig hat das Strafrecht der naturrechtlichen Abstraction zu verdanken. Mehr als anderwärts wurden aber auch hier die historischen Fäden abgerissen, welche das Recht der Gegenwart mit der Vergangenheit verbinden. Erst in neuester Zeit vermochte die historische Schule eine Reaction gegen die ungeschichtliche Auffassung des Strafrechts geltend zu machen.

(Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I: Geschichte, 1861.)

§. 30. Auf dem Gebiete des Proceßrechts wurde das Verfahren recipirt, welches auf Grundlage des römischen und kanonischen Rechts die italienische Praxis ausgebildet hatte. Die deutsch-rechtliche Scheidung zwischen Richter und Urtheilfindern fiel hinweg, als die Rechtskenntniß Monopol der gelehrten Juristen wurde. An Stelle des mündlichen und öffentlichen Verfahrens trat ein schriftliches und geheimes. Das formale Beweisverfahren des deutschen Rechts war von vornherein dem Untergang geweiht, da es nicht gelang, eine der vorhandenen Beweisformen zum Rahmen eines materiellen Beweisrechts umzubilden, wie dieses in England durch Umbildung des Inquisitionsbeweises zur Jury geschah. Doch vermochte man nicht vollständig mit den alten Grundsätzen zu brechen. Die deutsch-rechtliche Auffassung von der Gebundenheit des richterlichen Ermessens bezüglich des Beweisergebnisses kam in den gesetzlichen Beweistheorien aufs neue zum Ausdruck.

Im Strafproceß wurde das Inquisitionsprincip zur schroffsten Durchführung gebracht. Da man aber auf ein Zusammentreffen der Umstände hin nicht zu verurtheilen wagte

und andererseits die alten Beweismittel ihre Beweiskraft verloren hatten, arbeitete man auf ein Geständniß des Inculpaten hin und wendete, um dieses zu erlangen, die Tortur an, welche zu beseitigen erst dem Ende des vorigen Jahrhunderts gelang. Seitdem fand auch ein Rückschlag gegen das rein actenmäßige und inquisitorische Verfahren statt, indem man sich dem Anklageproceß näherte und den Principien der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gerecht zu werden suchte. Im weitaus größten Theile von Deutschland hat man durch Aufnahme der Schwurgerichte mit dem alten Strafproceßrechte vollständig gebrochen.

Für bürgerliche Streitsachen kam in Folge der Reception ein unendlich weitläufiges und schleppendes Verfahren in Geltung. Wenn auch der jüngste Reichsabschied eine Reform der wesentlichsten Gebrechen anbahnte, so blieb doch die Schriftlichkeit des Verfahrens bestehen. Gegenwärtig ist der Uebergang zur Mündlichkeit und Oeffentlichkeit nur noch eine Frage der Zeit, denn allenthalben ist man in dieser Richtung mit einer Reform des Civilproceßrechtes beschäftigt.

4.

Ueberblick über die Geschichte

der

französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen.

Von

Prof. Dr. Heinrich Brunner
in Lemberg.

Vorbemerkung.

In neuester Zeit haben einzelne Institutionen Frankreichs und Englands auf den Gebieten des Verfassungs-, Proceß- und Strafrechts bei uns Wurzel gefaßt. Französisches Recht gelangte außerdem in einem Theile von Deutschland zu dauernder Geltung. Aus diesen Gründen und weil die älteren Denkmäler des englischen und französischen Rechtes zufolge ihrer nahen Verwandtschaft mit dem deutschen Rechte als mittelbare Erkenntnißquelle desselben dienen, erscheint es als geboten, einen kurzen Ueberblick über die äußere Geschichte des Rechts in Frankreich und England zu geben. Das normannische Recht, ein Zweig des französischen, soll als passender Uebergang von diesem zum englischen Rechte in einem besonderen Abschnitte behandelt werden.

I. Geschichte der französischen Rechtsquellen.

A. **Bis in die Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts.** §. 1. Die Rechtsentwickelung im Allgemeinen. Die französische Rechtsgeschichte zweigt sich nach Auflösung der fränkischen Monarchie von dem Strome der deutschen Rechtsgeschichte ab, um von da an ihre selbstständigen Wege zu gehen. Das Recht, welches deutsche Stämme auf gallischen Boden verpflanzt und daselbst fortgebildet hatten, wurde bei dem romanischen Mischlingsvolke zum Theil reiner und minder getrübt erhalten, als das deutsche Recht in Deutschland selbst. Vielfach ist übrigens die selbstständige Entwickelung des Tochterrechtes der des Mutterrechtes analog; jenes eilt diesem sogar in manchen Beziehungen voraus, indem es die Gegensätze im Staats- und Rechtsleben rascher und schärfer ausarbeitet, aber auch rascher überwindet.

Früher als Deutschland hat das westfränkische Reich das Lehnwesen bis in seine äußersten politischen Consequenzen entwickelt. Gleich zu Anfang der französischen Rechtsgeschichte steht die königliche Gewalt fast auf Null und sind die großen Kronvassallen in ihren Territorien so gut wie unabhängig, indem nur ein schwaches Lehnsband sie mit der Krone verknüpft. Früher als bei uns hat sich aber in Frankreich die Bewegung übergipfelt, der Bruch mit dem Lehnwesen vollzogen und aus dem Lehnsstaate ein absolutistisches Staatswesen entwickelt. Gestützt auf die in der Hausmacht ausgebildete Landeshoheit vermochte das erblich gewordene Königthum die übermächtigen Lehnsträger allmählig zu beseitigen oder doch in größere Abhängigkeit zu bringen.

Dem Mangel einer kräftigen Centralgewalt entsprach ein weitgehender Particularismus in der Rechtsbildung. Aus der Verschmelzung römischer und germanischer Bevölkerung hatten sich in Frankreich zwei scharf geschiedene Nationalitäten gebildet, von denen die nördliche das Sprachgebiet der langue d'oil erfüllte, während der Süden der langue d'oc gehörte. Mit der Verschiedenheit der Sprache concurrirt eine Verschiedenheit des Rechts, welche man durch den Gegensatz von droit coutumier und droit écrit bezeichnet. Das Recht der nördlichen Landschaften war ein rein germanisches und wurde erst später durch Einrichtungen des römischen und kanonischen Rechts modificirt. Im Süden hatte sich römisches Recht erhalten. Ursprünglich persönliches Recht der römischen Bevölkerung, wurde es nun ein Territorialrecht. Doch sind viele germanische Rechtsanschauungen in den römischen Rechtskörper eingedrungen und hatten sich zahlreiche Localrechte gebildet, die wenigstens theilweise einen germanischen Charakter an sich trugen.

Wie im Süden, so tritt uns auch im Norden, trotz der gemeinsamen Grundlagen, das Recht nicht als ein einheitliches entgegen. Jedes Land hat seine eigene Coutume. In besonderer Abgeschlossenheit steht den übrigen Landesrechten das der Normandie gegenüber, welches sich zu ihnen in Bezug auf zähes Festhalten des Hergebrachten und juristische Consequenz etwa ebenso verhält, wie das sächsische zu den süddeutschen Rechten.

Der Wendepunkt in der politischen Entwickelung zeichnet sich mit voller Schärfe auch in der äußeren Geschichte der Rechtsbildung ab. Seit dem dreizehnten Jahrhundert bilden sich die Anfänge eines gemeinen coutumiären Rechtes, während zugleich fremdrechtliche Institutionen aufgenommen werden. Diese Neuerungen erfolgen durch den Einfluß des Königthums und zwar hauptsächlich auf dem Wege der Verwaltung der Rechtspflege, durch deren festere Organisirung die Könige ihre Macht wesentlich zu erhöhen wissen. Namentlich zwei Umstände sind es, die dabei in Betracht kommen, die Stellung der Curia regis und das königliche Beamtenthum. Das Königsgericht, aus welchem im Lauf der Zeit das Parlament als oberster Reichsgerichtshof herauswächst, schließt sich in seinen Functionen an das fränkische Königsgericht an. Wie dieses waltet es zugleich als Billigkeitsgerichtshof und wird in dieser Eigenschaft von großer Bedeutung für die Fortentwickelung des Rechts. Da im Parlamente nicht nur Weltliche, sondern auch Geistliche bei der Rechtsprechung thätig waren, so kam es, daß das von letzteren gekannte römische und kanonische Recht manchmal befruchtend auf das coutumiäre einwirkte. Namentlich auf den Gebieten des Proceßrechtes und der Besitzlehre wurde auf diese Weise das coutumiäre Recht schon frühe durch fremdrechtliche Anschauungen modernisirt. Das Königsgericht diente den obersten Gerichten der großen Kronlehen zum Vorbilde; so war unter anderen der Echiquier der Normandie nach dem Muster desselben organisirt. Die durch die Curia regis ausgebildeten Grundsätze kamen durch königliche Ordonnanzen, durch die Thätigkeit der königlichen Beamten und durch die Rückwirkung, welche das Aufkommen eines Appellationsverfahrens ausübte, auch in den unteren Gerichten allmählig zur Anwendung. Diese waren zum Theil lehnrührig und wurden in ihrem Verhältniß zum Lehnsherrn wie der Grundbesitz, an den sie geknüpft waren, nach den Bestimmungen des Lehnrechtes behandelt. Zum Theil wurden sie mit königlichen Amtleuten, mit Baillis und Prévôts besetzt, nicht selten durch Personen, die früher im Königsgerichte thätig waren und dann in ihren Gerichtssprengeln recht eigentlich als die Träger der reformatorischen Rechtsgedanken erscheinen, während in den zu Lehen gehenden Gerichten das alte Recht sich länger erhielt.

Im zehnten und elften Jahrhundert ist das französische Recht ebenso arm an Erkenntnißquellen wie das deutsche Recht derselben Zeit. Französische Rechtshistoriker nennen

diese Periode die diplomatische, weil sich die Forschung fast ausschließlich auf Privilegien und Urkunden angewiesen sieht. Nur Südfrankreich hat in dieser Zeit einige Localrechte aufzuweisen. Seit dem zwölften, namentlich aber seit dem dreizehnten Jahrhundert taucht auch in Nordfrankreich geschriebenes Recht und zwar in reichlicher Fülle auf. Was den Charakter der Rechtsquellen betrifft, haben wir zu unterscheiden: a) schlichte Aufzeichnungen von Stadt- und Landesrechten; b) Erzeugnisse der juristischen Literatur, Rechtsbücher; c) Urtheilssammlungen und Weisthümer; d) Satzungen, Établissements und Ordonnances.

§. 2. a) Schlichte Aufzeichnungen von Stadt- und Landesrechten. Unter den schlichten Aufzeichnungen, welche sich übrigens nicht immer durch eine scharfe Grenzlinie von den Rechtsbüchern abheben, kommen namentlich in Betracht:

1) die Compilatio de usibus et constitutionibus Andegavie (herausgeg. von Marnier als Anciens Usages inédits d'Anjou, 1853) aus dem dreizehnten Jahrhundert, welche mitunter auch das Recht von Poitou, Maine und Touraine berücksichtigt und jedenfalls älter ist, als die später zu erwähnenden Établissements de Saint Louis. Sie ging fast vollständig in eine Compilation aus der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts für Poitou über, den Livre des droiz et des commandemens d'office de justice (herausgeg. von Beautemps-Beaupré, 1865). Von den späteren Rechtsquellen der Landschaft Anjou verdient eine Zusammenstellung der Coutume nach der Reihenfolge des Codex besondere Erwähnung, „les Coustumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriches du Code, dont les aucuns sont concordés de droit escript par Maitre Claude Léger, lieutenant du sénéchal d'Angers“ aus dem fünfzehnten Jahrhundert.

2) Die Anciennes Coutumes d'Orléans (bei de La Thaumassière im Anhang zu dessen Ausgabe der Assises de Jérusalem und Beaumanoir's, 1690) enthalten eine reichhaltige Zusammenstellung von strafrechtlichen Bestimmungen (peines de la duché d'Orliens), die unter den mittelalterlichen Quellen ihres Gleichen sucht. Eine Reihe ins Französische übersetzter Königsbriefe für Orleans (bis 1180), ein Aufsatz über die Strafen des fremden Rechts und eine Aufzählung verschiedener Abgaben bilden den sonstigen Inhalt dieser Aufzeichnung, die spätestens in der ersten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts entstanden sein dürfte.

3) Li Usages de le cité d'Amiens von 1249 und eine jüngere Coutume derselben Stadt abgefaßt vor 1292. Amiens besitzt außerdem eine Aufzeichnung über die Formalitäten des gerichtlichen Zweikampfes, welche sich als coustume anchiene des wages de bataille bezeichnet und dem dreizehnten Jahrhundert angehört. Die Rechtsquellen von Amiens sind herausgegeben von A. Thierry im Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état. Première Série, t. I, contenant les pièces relatives à l'histoire de la ville d'Amiens, 1850 (ein Band der Collection de documents inédits pour l'histoire de France). Die jüngere Coutume des dreizehnten Jahrhunderts steht auch bei Marnier, Ancien Coutumier inédit de Picardie, 1840.

4) Li Usage de Borgoigne, eine Rechtsaufzeichnung alterthümlichen, fast ausschließlich processualischen Inhalts, welche spätestens in der ersten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts verfaßt wurde, wie die häufige Anwendung der Ordalien ergibt. Sie ist herausgegeben von Marnier als ancien Coutumier de Bourgogne, 1858. In die Zeit von 1270—1360 gehören die Coustumes et stilles gardez en duchié de Bourgoigne, herausgegeben von Giraud in dessen Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, II, 268.

5) Die sogenannten Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris, eine Privatarbeit über den ältesten Gerichtsgebrauch des Châtelet, des Gerichtes der Prévôté de Paris, wahrscheinlich noch aus dem dreizehnten Jahrhundert, herausgegeben von Eusèbe de Laurière, 1698.

6) Li Droict et lis Coustumes de Champaigne et Brie que li roys Thiebaulx establi, besser „ancienne Coutume de Champagne et de Brie", eine compilatorische Arbeit des dreizehnten Jahrhunderts, welche wegen Aufnahme von Satzungen eines Grafen der Champagne und Königs von Navarra jenen unpassenden Titel erhielt. Sie steht bei Bourdot de Richebourg, Coutumier général, III, 209.

7—8) Aus dem zwölften und dreizehnten Jahrhundert stammt eine Anzahl flandrischer Keuren und südfranzösischer Landesrechte, letztere bei Giraud a. a. O., erstere bei Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte (Urkundenbuch), abgedruckt.

Für das vierzehnte und fünfzehnte Jahrhundert sind, abgesehen von den bereits im Anschluß an ältere Coutumes hervorgehobenen Aufzeichnungen noch folgende besonders zu nennen:

1) Eine die Stadt Lille betreffende Sammlung von Rechtsgewohnheiten, von Verordnungen der Grafen von Flandern und von Schöffensprüchen, welche Mitte des vierzehnten Jahrhunderts von Roisin, vermuthlich einem Stadtschreiber, veranstaltet wurde und dann den Schöffen von Lille als Stadtbuch diente, in welches alle auf das Stadtrecht bezüglichen Neuerungen eingetragen wurden. „Roisin Franchises, Lois et Coutumes de la ville de Lille", herausgeg. von Brun-Lavainne, 1842.

2) Die Anciennes Coustumez de Ponthieu, de Vimeu, des Castelleries de le baillie d'Amiens etc. aus dem Anfange des vierzehnten Jahrhunderts bei Marnier, Ancien Coutumier inédit de la Picardie, 1840 p. 107.

3) Die Coutume von Rheims. Sie liegt in zwei Hauptformen vor. Die eine stammt aus dem vierzehnten oder dem Anfange des fünfzehnten Jahrhunderts und wurde von dem 1419 verstorbenen Licentiaten Gérard von Montfaucon commentirt. Die andere ist das Ergebniß einer 1481 vorgenommenen officiellen Redaction. Die Rheimser Quellen sind abgedruckt bei Varin, Archives législatives de la ville de Reims in der Collection de documents inédits; erster Theil: Coutumes. Daselbst 609 ff.: die „Première rédaction complète de la Coutume de Reims" mit dem Commentar des Licentiaten Gérard de Montfaucon, ferner die Redaction von 1481. Der zweite Theil der Archives législatives, Statuts, Bd. I, enthält u. a. wichtige Nachträge zur Coutume von 1481.

4) Die Coustumes de la ville et septaine de Bourges, de Dun le Roi et du Pays de Berry aus dem fünfzehnten Jahrhundert, noch verhältnißmäßig rein vom römischen Rechte, das um jene Zeit in Mittelfrankreich schon festen Boden gewonnen hatte, bei La Thaumassière anciennes Coutumes du Berry, 1679, und bei Bourdot de Richebourg, N. Coutumier général, III, 875.

§. 3. b) Die Rechtsbücher. Eine der wichtigsten Erkenntnißquellen für das national-französische Recht sind die Assises de Jérusalem. In den durch die Kreuzfahrer gegründeten Staaten des Orients kam französisches Recht in Geltung. Schon Gottfried von Bouillon soll mit seinen Lehnsleuten für das neu errichtete Königreich Gesetze erlassen haben. Die sorgfältig aufbewahrten Urkunden seien dann 1187 bei dem Verluste Jerusalems verloren gegangen. Das Recht des Königreichs gliederte sich nach den zwei Gerichtshöfen der Haute Cour oder Cour des Chevaliers und der Baisse Cour oder Cour des Bourgeois. Die hier ausgebildete Rechtspraxis fand auch

in dem Königreiche Cypern Eingang. Seit dem dreizehnten Jahrhundert entstehen schriftstellerische Arbeiten über das Recht des Orients. Das älteste uns erhaltene Werk über das Recht der Haute Cour rührt von dem aus Frankreich eingewanderten Ritter Philippe de Navarre, welches, zum Rechtsunterrichte bestimmt, namentlich die bis in minutiöses Detail ausgearbeiteten Formalitäten des Rechtsganges behandelt. Sein Werk wurde überboten durch eine umfassende Darstellung der Assises und Usages der Haute Cour von Jerusalem, welche sein Zeitgenosse Jean d'Ibelin (lebte noch 1266) zum praktischen Gebrauche verfaßte und welche 1369 in Cypern als Gesetz publicirt wurde. Kürzere, zum Theil ergänzende Arbeiten stammen von den Juristen Geoffroy le Tort und Jacques d'Ibelin. Eine gedrängte übersichtliche Zusammenstellung der in Jean d'Ibelin's weitläufigem Werke enthaltenen Rechtsregeln bietet la clef des assises de la Haute Cour du Royaume de Jérusalem et de Chypre, das Werk eines unbekannt gebliebenen Autors. Der Livre des Assises der Baisse Cour, welcher uns nicht in der ursprünglichen Gestalt vorliegt, wurde bereits in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts ausgearbeitet. Im vierzehnten Jahrhundert (1324—1361) schrieb in Cypern ein praktischer Jurist einen Abrégé du livre des assises de la cour des Bourgeois. Nach der Eroberung Constantinopels von 1204 kam das Recht von Jerusalem auch im lateinischen Kaiserthum in Geltung. Ein daselbst entstandenes Rechtsbuch ist uns in den Assises de Romanie (auch Liber Consuetudinum Imperii Romaniae) erhalten.

Eine Gesammtausgabe der Assises gibt Beugnot, Assises de Jérusalem ou recueil des ouvrages de jurisprudence composés pendant le XIII siècle im Recueil des Historiens des Croisades, 2 Bde. fol. 1841—1843. Eine ältere, aber die beste Ausgabe der Assises der Baisse Cour ist die von Kausler, „Les Livres des assises et des usages dou reaume de Jérusalem," 1839. Einen italienischen Text, darunter auch die Assises de Romanie, findet man bei Canciani, Barbarorum leges antiquae. Unvollendet ist eine von Victor Foucher 1839 begonnene Ausgabe.

Die Assises von Jerusalem sind das Erzeugniß einer vollkommen selbstständigen Jurisprudenz, sie bieten uns ein treues Bild des altfranzösischen Rechtes und eines den Feudalismus auf die Spitze treibenden Staatswesens und sie erlauben uns für das eigentliche Frankreich Rückschlüsse auf die Zeit, da das Königthum und das fremde Recht ihren umbildenden Einfluß noch nicht geltend gemacht hatten. Auf diesen sind im Gegensatz zu dem Rechte des Orients die juristischen Arbeiten zurückzuführen, die seit der Mitte des 13. Jahrhunderts in Frankreich entstanden. Die literarische Production wurde hier durch das Studium der fremden Rechte angeregt, wie es an den Universitäten von Montpellier, Paris, Orleans und Toulouse betrieben wurde. Man veranstaltete französische Uebersetzungen einzelner Theile des Corpus juris civilis und begann dann in Verbindung mit Auszügen aus den fremden Rechtsquellen das einheimische Recht darzustellen. Einem solchen Versuche verdankt jenes Rechtsbuch über die Coutume von Vermandois seine Entstehung, welches dem Rechtsgelehrten Pierre de Fontaines, Bailli von Vermandois und Mitglied des Pariser Parlaments zugeschrieben wird und um 1253 entstanden sein soll. Der Verfasser berichtet, daß niemand vor ihm eine ähnliche Arbeit unternommen habe und kleidet sein unvollendetes Werk in die Form einer Rechtsbelehrung (daher „Conseil"), durch welche die Unbestimmtheit des coutumiären Rechtes von Vermandois so viel als möglich behoben werden solle. Eine große Zahl von Stellen erweist sich als Uebersetzung aus den römischen Quellen, deren Sätze mitunter ohne Rücksicht auf ihre praktische Anwendbarkeit aufgenommen wurden. Die neueste Ausgabe des

Rechtsbuches rührt von Marnier her, „Le Conseil de Pierre de Fontaines ou traité de l'ancienne jurisprudence française," 1846.

Die s. g. Établissements de Saint Louis sind eine Zusammenstellung von Ordonnanzen des heiligen Ludwig, von Rechtsgewohnheiten von Orleans, Tours, Paris, Anjou und Maine und von Sätzen des römischen und kanonischen Rechtes. Die Verordnungen Ludwigs IX., die an der Spitze des Werkes stehen, haben ihm den Namen gegeben. Die Entstehung wird in das Jahr 1270 gesetzt. Es hat in der vorliegenden Gestalt keinen einheitlichen Charakter und zeigt Spuren von Ueberarbeitung, Zusätzen und Glossemen. Eine kritische Ausgabe ist sehr zu wünschen. Derzeit liegen die Établissements bei Du Cange, Histoire de St. Louis par Joinville als Anhang vor. Eine bessere Ausgabe lieferte Laurière im ersten Bande der Ordonnances des rois de France.

Als Rechtsbuch und nicht als schlichte Aufzeichnung sind ferner die „Anciens Usages d'Artois" zu betrachten, welche Ende des dreizehnten, Anfang des vierzehnten Jahrhunderts von einem Unbekannten mit ausgiebiger Benutzung der Établissements und des Conseil in lichtvoller Weise dargestellt wurden. Das Verhältniß des Werkes zu seinen Quellen bedarf noch näherer Aufklärung. Es ist gedruckt bei Adrien Maillart, Coutumes générales d'Artois, 2. Ausgabe 1739 und 1756 (Fol.).

Im Anschluß an die mündliche Lehre des römischen Rechtes an der Universität Orleans entstand daselbst nach 1270 ein umfangreiches Rechtsbuch, Li Livres de Jostice et de Plet, welches den Stoff nach dem Vorbilde der Pandekten anordnet und zum großen Theile aus einer Uebersetzung der Pandekten (195 Titel von 342 des ganzen Werkes) und Decretalen (31 Titel) besteht. Doch liefert es in den übrigen Theilen werthvolle Beiträge über das coutumiäre Recht, für welches das von Orleans in der Regel benutzt wird. Namentlich gibt das neunzehnte Buch wichtige Aufschlüsse über das französische Proceßrecht. Ausgabe: Li Livres de Jostice et de Plet von Rapetti; avec un glossaire des mots hors d'usage par Chabaille, 1850 (in der Collection de documents inédits).

Ihren glänzendsten Vertreter fand die französische Jurisprudenz des Mittelalters in Philipp Beaumanoir, welcher zu verschiedenen Zeiten Bailli von Senlis, Clermont, Seneschall von Saintonge, Bailli von Vermandois, von Tours und Parlamentsmitglied war. Sein Werk, eine Darstellung der Coutume des Landes Beauvoisis vom Jahre 1283, erlangte in Nordfrankreich ungefähr ähnliche Bedeutung wie der Sachsenspiegel in Deutschland. Doch unterscheidet sich Beaumanoir von dem sächsischen Ritter principiell darin, daß er als Apostel der staatlichen Autorität allenthalben für die reformatorischen Rechtsideen und die Ausdehnung der richterlichen Gewalt eintritt, während der sächsische Schöffe mit Vorliebe an dem von den Vorfahren hergebrachten Rechte festhält. Des fremden Rechtes war Beaumanoir nicht unkundig, doch wußte er es vollständig zu beherrschen und räumte ihm keinen unmittelbaren Einfluß auf die Darstellung ein, wenn auch die Anlage des Ganzen die Bekanntschaft mit dem Ordo judiciarius des Tancred voraussetzen läßt. Sein Hauptverdienst besteht in der methodischen Ausführung der Rechtsmaterien und in der feinen juristischen Construction, welche durchweg originell ist und von Zeitgenossen und Nachfolgern nicht erreicht, geschweige denn übertroffen worden ist. Neueste Ausgabe: Beaumanoir, Les Coutumes du Beauvoisis vom Grafen Beugnot, 1842, nicht frei von Mängeln, wie alle Ausgaben dieses „savant Académicien".

Obschon die genannten Rechtsbücher in erster Linie das Recht einer bestimmten Landschaft darstellen, geschieht dies doch stets mit Rücksicht auf das Recht der Nachbar-

lande und die gemeine nordfranzösische Coutume, ein Standpunkt, der namentlich bei Beaumanoir deutlich hervortritt. Eine aparte Stellung nimmt darum ein Rechtsbuch für die Bretagne ein, die s. g. Très ancienne Coustume de Bretaigne, deren umfassende Darstellung sich auf das alterthümliche Gewohnheitsrecht dieser Landschaft beschränkt. Sie gehört dem vierzehnten Jahrhundert an. Ein zugänglicher, aber sehr mangelhafter Abdruck findet sich im Coutumier général von Bourdot de Richebourg t. IV, 199 ff. Die alten Drucke aus dem fünfzehnten Jahrhundert und dem Anfang des sechzehnten sind selten.

Im vierzehnten Jahrhundert stellt sich die französische Jurisprudenz auf einen noch allgemeineren Standpunkt, indem sie sich in erster Linie der Bearbeitung des gemeinen Rechtes zuwendet. Von den Rechtsbüchern dieser Zeit sind die angesehensten:

1) Der Stilus Curiae Parlamenti von dem Parlamentsadvocaten Du Breuil um 1330 verfaßt, „das erste europäische Lehrbuch des Civilproceßrechts". Du Breuil behandelt in übersichtlicher Systematik den Proceß des Pariser Parlaments, geht aber auch auf die Lehren des materiellen Rechtes ein. Das Werk gelangte zu solchem Ansehen, daß ihm die Praxis und selbst königliche Ordonnanzen unbedingte Autorität beilegten. Vergleicht man es mit dem gleichzeitigen Richtsteig Landrechts, so bringt man sich zu deutlichem Bewußtsein, um wie viel früher in Frankreich das römisch-kanonische Proceßrecht aufgenommen, wie rasch es aber auch durch die Praxis nationalisirt und mit dem einheimischen Rechte in Einklang gebracht worden. Der Stilus Parlamenti findet sich bei Du Moulin (C. Molinäus) im zweiten Bande seiner Opera omnia (Paris 1681).

2) Ende des vierzehnten oder Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts schrieb ein nordfranzösischer Praktiker Jean Boutillier ein inhaltsreiches Werk, welches er als Somme rural bezeichnete. Es gestattet dem römischen Rechte ungebührlichen Einfluß, während es die Coutume als droit haineux betrachtet. Es kam zu großem Ansehen, wurde ins Deutsche (Flämische) übersetzt und zählt unter die ältesten Drucke. Die bekannteste Ausgabe ist die von Charondas le Caron, 1611.

3) Le Grant Coustumier de France, eine Compilation von Ordonnanzen, Urtheilen, Formeln, Abhandlungen über einzelne Rechtsmaterien und selbstständigen Ausführungen, welche im vierzehnten Jahrhundert entstand und die Praxis des folgenden fast ausschließlich beherrschte. Entsprechend den Aenderungen, welche das Recht im Lauf der Zeit erfuhr, wurde sie mit zahlreichen Zusätzen versehen und fortwährend umgearbeitet, so daß es als unmöglich erscheint, aus den vorliegenden Drucken und Handschriften den ursprünglichen Kern herauszuschälen oder auch nur die Entstehungszeit, welche man bisher grundlos unter Karl VI. gesetzt, näher zu bestimmen. Der Grand Coutumier wurde bis 1539 als praktisches Handbuch häufig gedruckt. Als rechtsgeschichtliche Quelle gab ihn Charondas le Caron 1598 heraus. Doch sind diese alten Ausgaben so außerordentlich selten geworden, daß eine neue Ausgabe dringendes Bedürfniß wurde. Diese lieferten Laboulaye und Dareste 1868 auf Grundlage eines Druckes von 1514. Vergl. Krit. Vierteljahrsschr. XI, 135.

Einen mehr particulären Charakter haben die Coustumes des Pays de Vermendois et ceulx de envyron, welche 1448 von einem unbekannten Juristen verfaßt und 1858 von Beautemps-Beaupré herausgegeben wurden. Ein Lehrbuch des römischen Rechts mit Rücksicht auf die Modificationen der Praxis ist die Practica forensis von Mazuer († um 1450), welche zum Landrecht der Auvergne erhoben wurde. Die Arbeiten der französischen Juristen über das römische und kanonische Recht liegen außerhalb der Grenzen, welche dieser Ueberblick sich zu stecken hat.

§. 4. c) Sammlungen von Urtheilen und Weisthümern.

1) Den ersten Rang nehmen unter diesen Quellen die officiellen Aufzeichnungen über die Acte des Pariser Parlaments ein. Die ältesten Register werden seit dem siebzehnten Jahrhundert als Olim bezeichnet. Das zweite beginnt nämlich mit den Worten: Olim homines de Baiona ... exierunt animo nephando. Diesen Band pflegte man als Liber qui incipit Olim oder als Olim schlechtweg zu bezeichnen, ein Ausdruck, der seit dem siebzehnten Jahrhundert abusive auf die ganze Serie der Register von 1254—1318 überging. Diese wurden von Jean de Montluçon (nicht Montluc), Nicolas de Chartres, Pierre de Bourges, Geoffroy Chalop, vier königlichen Notaren am Parlamente redigirt. Sie enthalten den Text oder häufiger ein Resumé der gefällten Urtheile, welche in zwei Hauptmassen Inquestae und Arresta geschieden werden. Erstere sind die Urtheile, welche auf Grund eines vorliegenden Protocolles über Zeugenaussagen abgegeben wurden. Der Begriff der Arresta läßt sich nur negativ durch den Gegensatz zu den Inquestae bestimmen. Der authentische Charakter der Olims, welcher entweder überhaupt oder doch für den ersten Theil derselben angefochten wurde, ist durch die neuesten Untersuchungen auf das bestimmteste festgestellt. Von den späteren Registern des Parlaments heben sich die Olim insofern ab, als seit 1319 eine Aenderung in der Manipulation bei der Registrirung der Urtheile eintrat, auf welche hier nicht näher eingegangen werden kann.

Die Olim sind edirt von Beugnot, 1839 f. u. d. T.: Les Olim ou Registres des arrêts rendus par la Cour du roi in der Coll. de doc. inéd. Von den vorhandenen Registern enthielt das erste die Enquêtes und Arrêts von 1254—1272, Band 2 die Arrêts von 1274—1298, Band 3 die Arrêts von 1299—1318, Band 4 die Enquêtes von 1299—1318. Drei Register sind verloren. Doch hat Leopold Delisle einen dieser Bände, soweit dies möglich, aus anderen Quellen restituirt. Das Verständniß und die Benutzung der Olims und der Parlamentsacte überhaupt wurde in neuester Zeit wesentlich gefördert durch Boutaric, Actes du parlement de Paris, erste Serie von 1254—1328, tome premier: 1254—1299, Paris 1863, ein Theil der Publicationen aus den Archives de l'empire, welche unter dem Titel: Inventaires et documents publiés par ordre de l'empereur etc. erscheinen. Der erste Band enthält u. a.: „Notice sur les Archives du Parlement de Paris" von Grün (ch. 6: Les Olim), eine Sammlung von Urtheilen der Curia regis vor 1254 von Boutaric, das Inventaire chronologique des actes du parlement de Paris von 1254—1299 von demselben, kurzgefaßte Regesten, u. a. auch über circa 200 Urtheile, die in den Olims fehlen, und endlich jenen Versuch der Restitution eines verlorenen Bandes von Leop. Delisle.

2) Die Coutumes tenues toutes notoires et jugées au Châtelet de Paris, eine Sammlung von Weisthümern, welche die Praxis des Pariser Châtelets hervorrief. Zur Feststellung des Gewohnheitsrechtes diente in Frankreich die s. g. Enquête par turbe. Eine Anzahl rechtskundiger Männer gab nach vorausgegangener Berathung durch einen aus ihrer Mitte ihren Ausspruch über die amtlich vorgelegte Frage ab. Die Turbe, ein Ausdruck, der den formellen Gegensatz dieses Verfahrens zu dem Einzelverhör der Zeugen über streitige Proceßthatsachen hervorheben will, sollte mit Hinblick auf eine Stelle des Corpus juris civilis, die von turba spricht, mindestens zehn Zeugen enthalten. Ein analoges Verfahren wurde am Châtelet beobachtet. Aus der Zeit von 1300—1387 sind uns 186 solcher Notorietätsacte in der genannten Sammlung erhalten. Sie ist bei Brodeau im Anhang zu seiner Coutume de Paris commentée 1658, 1669 gedruckt.

3) Die unpassend so genannten Décisions de Jean Desmares (Advocat und Parlamentsmitglied, † 1383), eine Sammlung von 422 gerichtlichen Entscheidungen, die

er vermuthlich 1363 in der Form von kurzen Rechtssentenzen zusammenstellte. Abgedruckt bei Brodeau a. a. O. hinter den Coutumes notoires du Châtelet.

4) Die Coutumes notoires, Assises et Ordonnances des Cours et Tribunaux de Picardie au commencement du 14. siècle bei Marnier, Ancien Coutumier inédit de la Picardie, 1840, eine Sammlung von Weisthümern und Urtheilen, welche Anfang des vierzehnten Jahrhunderts in den Gerichtshöfen von Ponthieu, Vimeu, der Baillage Amiens und mehreren anderen picardischen Orten abgegeben und aufgezeichnet wurden.

5) Die Raisons et Articles....de Saint Dizier. Die Stadt Saint Dizier hatte die flandrische Stadt Ypern zum Oberhof. Waren die Schöffen von Saint Dizier in einem einzelnen Falle des Rechtes nicht kundig, so sandten sie zu den Schöffen von Ypern um Rechtsbelehrung. Die Anfragen und die darauf hin ergangenen Urtheile aus dem vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert wurden gesammelt und, durch fingirte Rechtsfälle ergänzt, zu einem Ganzen verbunden. Diese Rechtsquelle, die ein frisches und anschauliches Bild von dem Rechtsleben jener Zeit gewährt, findet sich als Anhang im zweiten Bande der Beugnot'schen Ausgabe der Olim.

§. 5. d) Satzungen, Établissements und Ordonnances. Satzungen allgemeiner Verbindlichkeit werden in der älteren Zeit als Établissements, später als Ordonnances bezeichnet.

Die königliche Gesetzgebung hält gleichen Schritt mit der Ausbildung der königlichen Gewalt. „L'histoire des Ordonnances est l'histoire de France" (Warnkönig, II, 58). Bis ins zwölfte Jahrhundert äußert sich die rechtserzeugende Macht des Königthums nur durch Privilegien und Statuten, wie sie Corporationen, namentlich aber den Städten ertheilt zu werden pflegten. Seit Philipp August macht sich die allgemeine Verordnungsgewalt des Königs geltend, soweit diese nicht an den Hoheitsrechten der Vasallen eine Schranke fand. Eine seiner bedeutendsten Verordnungen ist das s. g. Testament von 1190, welches anläßlich des Kreuzzugs entstand, eine Regentschaft einsetzte und u. a. die Thätigkeit der Baillis und Prévôts normirte. Erhöhten Aufschwung nimmt die Gesetzgebung unter Ludwig IX., von dessen Verordnungen die Ordonnanz über die Reform des Beweisverfahrens von circa 1260 und die Ordonnance pour la réformation des moeurs V. 1254 besonders zu erwähnen sind. Unter seinen Nachfolgern wächst die Zahl der Ordonnanzen in steigendem Verhältniß. Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Gerichtsverfassung und Proceßrecht bilden die hauptsächlichen Gegenstände derselben, während das Strafrecht und namentlich das Privatrecht minder berücksichtigt wird. Anders als in Deutschland erkennt es das Königthum als die in seiner Stellung liegende Pflicht, den Rechtszustand des Landes im Wege der Gesetzgebung zu regeln, eine Aufgabe, die mit Klarheit erfaßt und mit Energie zur Durchführung gebracht wird.

Neben der immer weitergreifenden königlichen Gesetzgebung verschwinden die Satzungen der Landesherren, welche nur in der Zeit, da die königliche Gewalt noch nicht entwickelt ist, als eine Rechtsquelle von Bedeutung zählen. Als eines der älteren Beispiele mag — von der Normandie abzusehen — die Assise des Grafen Geoffrei von der Bretagne aus dem Jahre 1187 hier erwähnt werden. Auf eine einigermaßen erschöpfende Aufzählung kann hier ebenso wenig eingegangen werden, als auf eine Anführung der autonomen Satzungen, welche sich einzelne Städte gaben.

B. **Die Rechtsentwickelung in Frankreich von der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts bis zur Codification.** Fixirung der Coutumes, Fortbildung des Rechts zur Einheit durch die königlichen Ordonnanzen und wissenschaftliche Formulirung des Rechts durch die Jurisprudenz sind die drei wesentlichen Ergebnisse der

französischen Rechtsentwickelung dieser Periode (Warnkönig II, 73). Auf dem Gebiete des Proceßrechts war durch die königliche Gesetzgebung am frühesten die Rechtseinheit angebahnt und durchgeführt worden. Das materielle Recht kam erst im laufenden Jahrhundert über den Particularismus der landschaftlichen Coutumes hinaus, eine Thatsache, welche Deutschlands Bestrebungen nach einem einheitlichen Rechte zur geschichtlichen Lehre dient.

§. 6. Die officielle Redaction der Coutumes. Die Quellen des fremden Rechts waren in Frankreich nicht wie in Deutschland, welches an die Continuität seiner politischen Existenz mit dem römischen Reiche glaubte, als ein Ganzes in Bausch und Bogen recipirt worden. Die Reception beschränkte sich vielmehr, so weit sie auch griff, auf die einzelnen Rechtssätze, welche durch das Wirken der Gesetzgebung und der Doctrin in das Rechtsleben eindrangen. Das Verhältniß der neu aufgenommenen Elemente zu den localen Coutumes war nun aber vielfach ebenso unsicher und schwankend wie die Stellung der letzteren zu dem gemeinen französischen Rechte, welches seit dem dreizehnten Jahrhundert ausgebildet worden war. Und sofern auch das Geltungsgebiet der Localrechte ein unbestrittenes war, mangelte es doch an authentischen Texten der Coutumes, welche bis dahin nur durch Private ohne officielle Autorität aufgezeichnet worden waren, und ihrem Inhalte nach, gegenüber der eingetretenen Fortbildung des Rechts, zum Theil veraltet waren. Als sich Frankreich durch das Aufflackern des Nationalbewußtseins von der englischen Herrschaft befreit hatte, entstand der Gedanke einer Feststellung des schwankenden coutumiären Rechtes. 1453 erließ Karl VII. die Ordonnanz von Montil-lez-Tours, in welcher er befahl, daß überall die „usages et coutumes durch coustumiers practiciens und gens de chacun état schriftlich aufgezeichnet und ihm zur Prüfung durch das Parlament und zur Bestätigung vorgelegt würden.“ Nur langsam reifte der gefaßte Plan der Ausführung entgegen. Zuerst, nämlich 1459, wurden die officiell redigirten Coutumes des Herzogthums und der Freigrafschaft Burgund bestätigt. Ludwig XI. wiederholte 1481, Karl VIII. 1493 und 1497 den Befehl der officiellen Redaction. Außerdem wurde das Verfahren für die Feststellung der Gewohnheitsrechte des näheren vorgeschrieben und in dem Patentbriefe von 1497 neben der Fixirung auch die Verbesserung der Coutumes in den Plan einbezogen. Das Unternehmen bedurfte eines neuen Anstoßes durch den Erlaß Ludwigs XII. von 1505. Erst unter diesem Regenten wurde eine größere Masse von Coutumes redigirt und nebst mehreren älteren Redactionen officiell promulgirt. Unter Franz I. wurde das Werk fortgesetzt und unter Karl V. für die Redaction der niederländischen Coutumes Sorge getragen. In der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts wurde dann die Arbeit im wesentlichen zu Ende geführt. Man redigirte die Coutumes der Länder, wo eine officielle Redaction noch fehlte, und reformirte die älteren Redactionen (réformations des coutumes), welche den gesteigerten Ansprüchen nicht mehr genügten. Inzwischen war nämlich das römische Recht in Frankreich durch Cujas und seine Schule von neuem belebt worden. Die durch das Studium derselben erhöhte Technik macht sich in den Coutumes der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts bemerkbar, ebenso aber auch zu Ungunsten des nationalen Rechtselementes die potenzirte Berücksichtigung des fremden Rechtsstoffes. Das siebzehnte und achtzehnte Jahrhundert hatten gegenüber den Arbeiten des sechzehnten nur noch im einzelnen Nachlese zu halten.

Neben dem Texte der officiellen Coutumes sind auch die Protocolle über das Verfahren zur Feststellung derselben als eine nicht zu unterschätzende Rechtsquelle zu betrachten. Das Geschäft der Redaction und Promulgation wurde besonderen Commissären übertragen, welche der König oder der betreffende Landesherr ernannte. Diese beriefen

die Notabeln und Rechtsgelehrten der Provinz oder des Gerichtssprengels und legten ihnen einen vorher ausgearbeiteten Entwurf vor. War eine ältere Aufzeichnung der Coutume vorhanden, so wurde diese gleichfalls vorgenommen und geprüft. Ueber den Gang der Verhandlung wurde ein genaues Protocoll aufgenommen (procès verbal). Die Mißverständnisse einzelner Bestimmungen der älteren Aufzeichnungen der Coutumes und die hierüber gemachten Bemerkungen und Glossen sind für die Erkenntniß der eingetretenen Umbildung des Rechtes besonders lehrreich. Die förmliche Zustimmung zu dem festgesetzten Entwurf hieß Homologation. Die Promulgation wurde, wenn keine Opposition vorlag, von den Commissären sofort vollzogen. Einwendungen führten zu einer motivirten Entscheidung der Commissäre, gegen welche den Opponenten der Recurs an das Parlament offen stand. Schließlich wurde die homologirte Coutume vom König sanctionirt.

Die officiellen Redactionen der Coutumes schufen keine erschöpfende Darstellung des Rechts der einzelnen Landschaften. Das gemeine Recht, theils römischen, theils germanischen Ursprungs wurde bei Abfassung derselben als selbstverständliche Rechtsquelle vorausgesetzt, und nur die provinziellen und örtlichen Besonderheiten war man zu fixiren bestrebt. Daher kommt es, daß sich in den homologirten Coutumes zum Unterschied von den Aufzeichnungen des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts, die vorzugsweise Proceßrecht enthalten, besonders viele Bestimmungen des Privatrechts finden, wo der Particularismus am weitesten ging, während das Proceßrecht wegen seines vorwiegend gemeinrechtlichen Charakters weniger berücksichtigt ist. Neben der Coutume der ganzen Provinz wurden die abweichenden Localrechte einzelner Baillages, Seigneuries und Villes aufgezeichnet und promulgirt und der Landescoutume angehängt oder ihrem Texte eingefügt.

Frankreich zerfiel nun in vier große Rechtsgebiete, das pays coutumier, die Niederlande, die terres d'empire und das Land des droit écrit. Im pays coutumier sind als engere Gruppen eine nordöstliche (Isle de France mit Paris, Picardie, Artois, Vermandois, Chauny, Champagne, Brie), eine mittlere (Orleanois mit Montargis, Orleans, Chartres, Dreux, Grand-Perche, Perche-Gouet, Blois, ferner Maine, Touraine, Loudunois, Anjou, Auxerre, Nivernois), eine südliche (Berry, Bourbonnais, Auvergne, Haute Marche, Poitou, La Rochelle, Saintonge, Augoumois), eine westliche (Bretagne und Normandie, welch letztere seit dem fünfzehnten Jahrhundert in den Strom der französischen Rechtsentwickelung hineingezogen wurde) und ein südöstlicher Kreis (Herzogthum Burgund, Freigrafschaft Burgund) zu unterscheiden. Im Süden von Frankreich hatte das coutumiäre Element gegenüber dem römischen bedeutend an Terrain verloren. Die zahlreichen Localrechte, welche uns in den Aufzeichnungen des zwölften, dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts erhalten sind, verloren zum großen Theile ihre Bedeutung und schwanden zu einer sehr geringen Zahl zusammen. Die officielle Redaction der Coutumes wurde auf den Süden nicht ausgedehnt; nur wenige Coutumes wurden hier redigirt, und von diesen die wenigsten officiell promulgirt (Schäffner III, 135). Die Niederlande (französisch Flandern, Theile von deutsch Flandern, von Namur, Hennegau und Luxemburg) hatten eine große Anzahl homologirter Coutumes. In den Reichslanden sind die Coutumes von Cambrai, Metz, Toul und Verdun, und die lothringischen Coutumes von Nancy, Epinal und Marsal zu erwähnen. Im Elsaß galt gemeines deutsches Recht. (Vgl. die übersichtliche Geographie der Coutumes bei Warnkönig II, 89, und die Karten bei Warnkönig und Schäffner).

Die umfassendste Sammlung der homologirten Coutumes ist der Nouveau Coutumier général de France von Bourdot de Richebourg, 4 Bde. Folio. 1724. Er enthält alle bis 1724 redigirten Coutumes mit den Redactionsprotocollen und nahm auch einzelne ältere Aufzeichnungen und schriftstellerische Bearbeitungen der Coutumes

in sich auf. Vgl. Berroyer et De Laurière, Bibliothèque des coutumes 1699, eine Liste der Coutumes und ihrer Commentatoren.

§. 7. Die Ordonnanzen. Der Beginn der Fixirung der Coutumes bezeichnet zugleich den Stillstand in der Geschichte des coutumiären Rechts. Die Fortbildung des Rechts erfolgt seit dem sechzehnten Jahrhundert vorzugsweise durch die königlichen Ordonnanzen, von denen die wichtigeren mit Zustimmung der États generaux erlassen zu werden pflegten. Bis auf Ludwig XIV. verfolgt die Gesetzgebung keinen bestimmten Plan. Besondere Veranlassungen, Beschwerden der Stände, oder sonstige dringende Ursachen müssen sie in Thätigkeit bringen. Unter den Gegenständen der Legislation nimmt die Obsorge für Vereinfachung und Abkürzung des Gerichtsverfahrens einen hervorragenden Platz ein. Von allgemeinerer Bedeutung sind die Ordonnanz von Villers-Coterets 1539, die Ordonnanz von Orleans 1560, die von Moulins 1566, die Ordonnanzen von Blois 1576, 1579, die Verordnung Ludwigs XIII. von 1629 (Code Marillac). Einen anderen Charakter bekömmt die Gesetzgebung seit Ludwig XIV. Der Gedanke der Rechtseinheit, welcher schon früher mehrfach aufgetaucht war, wurde nun, wenn nicht durchweg, so doch in einzelnen Gebieten systematisch zur Durchführung gebracht. Frankreich erhielt 1667 in der Ordonnance civile eine allgemeine bürgerliche Proceßordnung, 1670 in der Ordonance criminelle ein Gesetz über Strafrecht und Strafverfahren; 1673 erschien die Ordonnance de commerce, 1695 ein Gesetz über geistliche Gerichtsbarkeit. Unter Ludwig XV. war es der Kanzler D'Aguesseau, welcher die Codification auch auf einzelne Theile des Privatrechts ausdehnte. Ihm verdankt man die Ordonnanzen über Schenkungen 1731, die Testamente 1735, und die Substitutionen 1747, welche so sehr auf der Höhe ihrer Zeit standen, daß ihr Inhalt später ohne wesentliche Aenderungen in den Code civil hinübergenommen werden konnte. Ludwigs XVI. Verordnungen sind bereits vom Geiste des Naturrechts angehaucht und erscheinen als Vorläufer der Reformen, welche die Revolution auf dem Gebiete des Rechts ins Werk setzte.

Schon früh regte sich das Bedürfniß, Sammlungen der königlichen Ordonnanzen anzulegen. Anfangs traten solche Arbeiten noch nicht selbstständig auf. Du Breuil gab in seinem Stilus Parlamenti die wichtigsten Ordonnanzen von Ludwig IX. bis Ludwig X. Das erste Buch des Grand Coutumier de France enthält eine Sammlung königlicher Verordnungen. Seit dem sechzehnten Jahrhundert erscheinen umfassende und selbstständige Sammelwerke. Eine chronologische Sammlung ist die von Fontanon: Les édits et ordonnances des rois de France depuis Louis-le gros, l'an 1108 jusqu'au roi Henri IV, 1580, welche große Verbreitung fand und 1611 von Maillet neu aufgelegt wurde. Der Rechtsgelehrte Barnabas Brissonius stellte die einzelnen Bestimmungen der Ordonnanzen materienweise zusammen, wobei es aber unmöglich war, stets den Wortlaut derselben beizubehalten. Sein Werk der sog. Code de Henry III. fand vielen Beifall und wurde 1609 von Charondas le Caron zum dritten Male aufgelegt. Nach demselben Princip sind der Code de Henry IV. von Cormier (1615) und der Code de Louis XIII. von Corbin (1628) gearbeitet. 1687 erschien die Table chronologique contenant un recueil en abrégé des ordonnances . . . depuis l'année 1115 jusqu'à présent par Guillaume Blanchard. Endlich ließ die Regierung eine vollständige und officielle Sammlung der Ordonnanzen ausarbeiten, ein Unternehmen, mit welchem die drei Juristen Berroyer, Loger und Laurière beauftragt wurden. 1723 erschien der erste Band dieser Sammlung (gewöhnlich Collection du Louvre genannt) unter dem Titel: Ordonnances des rois de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique avec des renvois des unes aux autres, des sommaires et observations sur le texte (Fol.). Die folgenden Bände (bis jetzt 21, der letzte er-

schien 1849 und reicht bis 1514) sind von Secousse, Villevault, Bréquigny, Camus, Pastoret und Pardessus herausgegeben. Ein wichtiges Hilfsmittel zur Benutzung dieser Sammlung ist Pardessus, Table chronologique des Ordonnances des rois de France de la troisième race jusqu'au règne de Louis XII. inclusivement. 1847. Für die in der Collection du Louvre noch nicht enthaltenen Ordonnanzen von Franz I. bis Ludwig XV. gebrauche man: den Recueil d'édits et ordonnances royaux de P. Néron et Etienne Girard, augmenté par De Laurière et De Ferrière. 1720. Eine Auswahl der wichtigsten Gesetze bis zur Revolution bietet der Recueil général des anciennes lois françaises von Isambert, De Crusy und Taillandier. 1822—1833. 29 vols. 8. Eine neuere Sammlung ist das Corps du droit français von Walker (420—1788) und Galisset (1788—1854.)

§. 8. Die Jurisprudenz seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts. Da an den Universitäten für das französische Recht wenig gethan wurde, fiel die Pflege desselben hauptsächlich den Praktikern anheim. Einen besonderen Zweig der literarischen Thätigkeit bildete die Jurisprudence des Arrêts, die Zusammenstellung und Bearbeitung der gerichtlichen Entscheidungen, an welche sich die Sammlung von Consultationen und Plaidoyers anreihte. Da die einzelnen Länder und Ländergruppen in der Regel ihre Parlamente als souveräne Gerichtshöfe beibehalten hatten, scheiden sich die Arbeiten der Arretisten nach den einzelnen Parlamenten von Paris, Toulouse, Bordeaux, Dijon, Rouen, Reims u. s. w. Am zahlreichsten sind die Arretisten des Pariser Parlaments. Unter den Werken derselben haben die Sammlung von Louet (zuerst 1602) und die Collection de décisions nouvelles von Denisart besondere Bedeutung erlangt. Letztere ist alphabetisch gehalten und wurde von Camus und Bayard in einer nicht vollendeten Ausgabe (1783—1790) vollständig umgearbeitet.

An die officielle Redaction der Coutumes schloß sich eine reiche commentirende Literatur an. Die ältere Schule verfolgte vorzugsweise eine praktische Richtung. Als ihr berühmtester Vertreter gilt Molinaeus, Du Moulin, † 1566, der auch eine Reihe von besonderen Abhandlungen schrieb und sich zugleich bezüglich des römischen Rechts einen gefeierten Namen schuf. Eine neue Richtung in der Behandlung des nationalen Rechts ging aus von Antoine Loisel † 1615, der in seinen berühmt gewordenen Institutes coutumières die allgemeinen Grundsätze des französischen Rechtes mit Benutzung der Rechtssprichwörter in kurz gefaßten Sentenzen zusammenstellte. Eusèbe Laurière schrieb hierzu einen trefflichen Commentar, welcher den Werth des Werkes wesentlich erhöhte. Mit Zusätzen und Ergänzungen wurden die Institutes coutumières zuletzt von Dupin und Laboulaye 1846 herausgegeben, und bilden sie so ein unentbehrliches Hilfsmittel für das Studium der französischen Rechtsgeschichte. Unter den französischen Juristen nach Loisel sind Fleury (Institution au droit français, herausgeg. von Laboulaye 1858, Précis historique du droit français par l'abbé Fleury avec continuation depuis 1674 jusqu'en 1789 par Dupin 1826) Laurière und Pothier zu nennen. Laurière machte sich namentlich um die Geschichte des französischen Rechtes verdient, er commentirte Loisels Institutes, arbeitete auf Grund eines älteren Werkes von Ragueau ein Glossaire du droit français (2 Bde. 1704) aus, edirte den ersten Band der Ordonnances du Louvre, schrieb die Bibliothèque des Coutumes, einen hochgeschätzten Commentar zur Coutume von Paris und eine Reihe werthvoller Abhandlungen.

Ihren Höhepunkt erreichte die französische Rechtswissenschaft vor der Revolution in Pothier. Unter seinen Werken über französisches Recht ist der Commentar über die Coutume von Orleans, „die trefflichste Beleuchtung, die je einer französischen Coutume zu Theil wurde“ und der traité des obligations hervorzuheben. Letzterer enthält eine Reihe von privatrechtlichen Abhandlungen, in welchen der Gegensatz zwischen römischem und

französischem Recht überwunden erscheint und welche den Redactoren des Code civil für die betreffenden Materien im wesentlichen zur Grundlage dienten.

Schließlich seien noch zwei Lehrbücher erwähnt, das eine von Argou, Institution au droit français, (zuerst 1692), weil es die größte Verbreitung erlangte und nicht weniger als zehnmal aufgelegt wurde und das andere von Bernardi, Institution au droit français civil et criminel ou tableau raisonné de l'état actuel de la jurisprudence française, zuerst 1789 erschienen und in seiner zweiten Ausgabe vom Jahre 8 der Republik „dadurch merkwürdig, daß es das unmittelbar vor dem Code civil geltende französische Recht enthält."

Die gewaltsamen Ereignisse der Revolution ebneten den Boden für die Herstellung der seit langem angebahnten Rechtseinheit. Die Aufhebung der feudalen Lasten, das Princip der Gleichheit vor dem Gesetze, die Umgestaltung der kirchlichen Verhältnisse und der Gerichtsverfassung hatten die Grundlagen des alten Rechtszustandes beseitigt. Schon die Constitution von 1791 nahm das Versprechen auf: il sera fait un code des lois civiles communes à tout le royaume. Im Convente legte Cambacérès 9. August 1793 den Entwurf eines Civilgesetzbuches vor; doch hinderten die Stürme jener Zeit die Ausführung des Planes. Erst Napoleon führte das Werk der Codificirung mit der ihm eigenthümlichen Energie und Raschheit durch. 1804 wurde der Code civil des Français als ein Ganzes promulgirt; 1. Januar 1807 erhielt der Code de procédure civile, 1. Januar 1808 der Code de commerce Gesetzeskraft, 1808 wurde der Code d'instruction criminelle, 1810 der Code pénal decretirt. Da die Encyclopädie der Geschichte der Codificationen einen besonderen Abschnitt widmet, ist hier nicht der Ort auf diesen Punkt näher einzugehen. Ebenso soll die vorübergehende und die dauernde Geltung des französischen Rechtes in einzelnen Theilen von Deutschland anderwärts zur Sprache kommen.

Literatur. Neben den im Verlaufe der Darstellung angeführten Werken kommen für die äußere Rechtsgeschichte Frankreichs in Betracht:

Warnkönig und Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bde. 1846—1848; das erste Buch des 2. Bandes behandelt die Geschichte der Rechtsquellen, eine Arbeit, auf welcher diese Darstellung zumal im zweiten Theile fußt, für welchen dem Verfasser dieses Abrisses selbstständige Quellenstudien fehlen. Vgl. Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahre 1305. 1835—1842, 4 Bde. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs 1845—50, 4 Bde. Der letzte Band behandelt die Rechtsgeschichte der Revolution, vor welcher Warnkönig stehen bleibt; Laferrière, Histoire du droit français, 6 Bde. 1846 ff., eine Arbeit, der es an dem richtigen Verständnisse des germanischen Rechtes gebricht. Laferrière, Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours y compris le droit public et privé de la révolution française. 2 Bde. 1859; Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge. 1846; Klimrath, Travaux sur l'histoire du droit français recueillis et mis en ordre et précédés d'une préface, par Warnkönig, 1843, 2 vols; Pardessus, Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France et sur son état jusqu'au treizième siècle, 1834 (t. X. der Mémoires de l'Institut); Pardessus, Essai hist. sur l'organisation judiciaire jusqu'à la fin du règne de Louis XII. 1851. — Eine Uebersicht der Quellen des Strafrechts gibt Allard, Histoire de la justice criminelle au XVIème siècle, 1868. p. 405 ff. Camus, Lettres sur la profession d'avocat et bibliothèque choisie des livres de droit qu'il est le plus utile d'acquérir et de connaitre, 5ème édition par Dupin, 1832. Der zweite Band dieses Werkes enthält eine systematisch geordnete juristische Bibliographie; Königswarter, Sources et Monuments du droit français antérieures au quinzième siècle ou bibliothèque de l'histoire du droit civil français etc., 1853. Sehr brauchbar ist der Inder von citirten Werken in Laboulaye's und Dupin's Ausgabe von Loisel's Institutes coutumières. — Catalogue of books on foreign law founded on the collection presented by Charles Purton Cooper, to the society of Lincoln's Jnn. Laws and Jurisprudence of France, London 1849. Eine Auswahl juristischer Publicationen von 1789—1865 gibt das Repertoire bibliographique von Thorin, Paris Durand 1866. Von Zeitschriften sind namentlich zu berücksichtigen: Die Revue historique de droit français et étranger, herausgeg. von Labou-

laye, Rozière &c. die Bibliothèque de l'école des chartes, die Revue de législation et de jurisprudence publiée sous la direction de Wolowski etc., 1834 ff. und die Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslandes, hrsg. von Mittermaier, Mohl und Warnkönig.

II. Die Quellen des normannischen Rechts.

§. 9. Die normannische Rechtsgeschichte zerfällt in drei Abschnitte. Der erste reicht von 912 bis zur Eroberung Englands 1066, der zweite von 1066 bis zur Vereinigung mit Frankreich 1205, der dritte von 1205 bis zur officiellen Redaction der Coutume von 1583. Von da an verliert die Normandie ihre rechtsgeschichtliche Bedeutung. Diese liegt aber in der Doppelstellung ihrer Quellen zu denen des französischen Rechts einerseits, mit dem sie die deutschrechtliche Grundlage gemeinsam haben, und zu denen des englischen Rechts andererseits, welches aus dem normannischen Rechte die wichtigsten Elemente seiner eigenthümlichen Bildungen schöpfte.

Als durch den Vertrag von Saint Clair sur l'Epte 912 ein Theil von Neustrien pro tutela regni von Karl dem Einfältigen an die Normannen abgetreten wurde, haben diese daselbst keine neue Staats- und Rechtsordnung eingeführt. Die fränkischen Institutionen blieben bestehen und wurden hier zum Theil lebenskräftiger erhalten und fortgebildet, als dies sonst im westfränkischen Reiche der Fall war. Für das zehnte und elfte Jahrhundert ist das Land nicht blos arm an eigentlichen Rechtsquellen — das ist auch anderwärts der Fall — sondern es gebricht namentlich auch an Urkunden. Ein Bild der Rechtszustände dieser Zeit wird daher stets nur in sehr allgemeinen Umrissen gezeichnet werden können. Doch genügen die spärlichen Anhaltspunkte der Quellen in Verbindung mit Rückschlüssen aus jüngeren Rechtsdenkmälern um die Thatsache festzustellen, daß das fränkische Recht in seinen wesentlichen Punkten erhalten blieb.

Heller wird die Rechtsgeschichte der Normandie nach 1066. England wird nun in den Kreis der Rechtsentwickelung jener Länder hineingezogen, die einst in der fränkischen Monarchie vereinigt gewesen. Normannisches Recht wird nach England getragen und dort früher aufgezeichnet und schriftstellerisch verarbeitet, als dies in seiner Heimath geschah, ein Umstand, der um so weniger befremden darf, als er nicht vereinzelt dasteht. In der Normandie wie in England erscheint die Curia regis, eine Nachahmung des fränkischen Königsgerichtes als der Ausgangspunkt für die wichtigsten Neuerungen im Rechte. Von besonderer Bedeutung ist die Ausbildung eines Gerichtsverfahrens, welches durch königliches resp. herzogliches Breve eingeleitet, den Vortheil einer Beweisführung durch eine Jury gewährte. Unter Heinrich II. taucht für die Curia regis in der Normandie der Ausdruck Scaccarium (Echiquier) auf, welcher sich, wenngleich die Einrichtung ursprünglich normannisch war, schon früher in England findet. Der Echiquier fungirte als Gerichtshof und als Rechnungshof. Seit Heinrich I. findet sich unter den Mitgliedern des Scaccarium eine Scheidung von Barones und Justiciarii. Letztere, geschäftskundige Männer, welche der König ernannte, gewannen bald das Uebergewicht. Es bildete sich so ein Juristenstand, dessen Thätigkeit zur Ausbildung einer constanten Praxis und einer feineren Jurisprudenz mächtig beitragen mußte. Ebenso wurde das Scaccarium eine Schule von tüchtigen Verwaltungsbeamten, deren Werk es ist, daß die Normannen zuerst in den Besitz eines ausgebildeten Rechnungswesens gelangten. Die Rechnungsabschlüsse des Echiquier sind uns in den Magni Rotuli Scaccarii erhalten. Wir besitzen vollständige Rollen oder doch Fragmente aus den Jahren 1180, 1184, 1195, 1198, 1201 und 1203. Die eingehende Specialisirung der Einnahmen und Ausgaben eröffnet uns bei dem nutzbaren Charakter, den die Rechtspflege jener Zeit hatte, einen klaren Blick in das normannische Rechtsleben.

Die Schatzrollen sind herausgegeben von Stapleton unter dem Titel: Magni Rotuli Scaccarii Normanniae sub regibus Angliae, 2 Bde. 1840/4 mit werthvollem Commentar: „Observations on the great rolls of the Exchequer.“ Einen ziemlich flüchtigen Abdruck dieser Edition gaben Léchaudé d'Anisy und Charma in den Mémoires de la société des Antiquaires de Normandie Band 15 und 16. Ein Fragment des Rotulus von 1184 publicirte L. Delisle im 16. Bande der Mémoires mit trefflicher Erläuterung. Als eine solche kann für sämmtliche Schatzrollen gelten die leider unvollendete Abhandlung des Genannten: Des revenus publics en Normandie au XIlème siècle in der Bibliothèque de l'école des chartes. S. II, 5, S. III, 1, 3.

Als Philipp August die Normandie erobert hatte, ließ er den bestehenden Rechtszustand im wesentlichen unangetastet. Ausdrücklich wurde dem Lande die Erhaltung seiner Privilegien zugesichert. Dagegen läßt sich nicht erweisen, daß er ein großes Weisthum über das normannische Recht veranlaßt und aufzuzeichnen befohlen habe, was von Manchen behauptet wird. Die Rechtsaufzeichnung, die man dafür hielt, hat einen anderen Charakter. Die Statuta et Consuetudines Normanniae, Établissements et Coutumes de Normandie sind nämlich eine ziemlich lose Compilation, welche nach Ausscheidung kleinerer Einschiebsel in zwei ursprünglich getrennte Hauptbestandtheile zerfällt, die im wesentlichen dieselben Gegenstände behandeln. Der erste ist eine Rechtsaufzeichnung, welche noch in anglo-normannischer Zeit abgefaßt wurde. Der zweite Theil beginnend mit den Worten prius tractandum ist ein Tractat, der bald nach 1218 entstand. Von der ganzen Compilation existirt ein lateinischer und französischer Text. Der erstere ist gedruckt bei Warnkönig französische Staats- und Rechtsgeschichte II, Urkundenbuch (der Tractat beginnt daselbst p. 30) der zweite bei Marnier Établissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'Échiquier de Normandie (1207—1245) Paris 1839. Beide Ausgaben sind ungenügend.

Schon im zwölften Jahrhundert herrschte im normannischen Echiquier die Sitte, über gerichtliche Acte amtliche Aufzeichnungen zu führen, dieselben inrotuliren zu lassen. Die uns erhaltenen fortlaufenden Originalregister beginnen erst mit dem Jahre 1336. Doch ist für das dreizehnte Jahrhundert die Existenz einer officiellen Sammlung beglaubigt. Auf diese von dem Clerk Guillaume Acarin redigirte Sammlung sind vier Privatsammlungen von Urtheilen des Echiquier zurückzuführen, welche uns noch erhalten sind. Leopold Delisle hat aus diesen vier Compilationen mit Zuziehung anderer Quellen für die Zeit von 1207 bis 1270 nicht weniger als 834 Urtheile des Echiquier in seinem Recueil de Jugements de l'Échiquier de Normandie au XIIIe siècle Paris 1864 zusammengestellt. Von jenen Privatsammlungen ist eine im funfzehnten Bande der Mémoires, eine bei Warnkönig a. a. O. und eine bei Marnier a. a. O. abgedruckt. Urtheile von 1276—1296 finden sich bei Warnkönig a. a. O., 120 ff.

Das Ergebniß einer Privatarbeit sind die Assisiae Normanniae, Assises de Normandie, eine Sammlung von Urtheilssprüchen, welche 1234—1237 in den Gerichtssitzungen (Assises) von Caen, Bajeux, Falaise, Exmes und Avranches gefällt wurden. Nicht selten begnügt sich der Verfasser aus den Urtheilen blos die relevanten Rechtsregeln mitzutheilen. Die Assises sind gedruckt von Léchaudé im funfzehnten Bande der Mémoires, von Marnier in den Établissements etc. und bei Warnkönig l. c.

Die ergiebigste und umfangreichste Quelle des normannischen Rechts ist ein Rechtsbuch, welches in seinen französischen Texten sich als Grand Coutumier de Normandie bezeichnet, während der ältere lateinische Text sich als Somma de legibus consuetudinum Normannie oder mit dem Titel: Jura et consuetudines Normannie einführt. Es ist jedenfalls vor 1280 abgefaßt, da eine von den gereimten französischen Uebersetzungen unserer Quelle dieses Datum trägt. Mit Wahrscheinlichkeit läßt

sich seine Entstehung in die Jahre zwischen 1260 und 1275 verlegen. Der Coutumier ist in Auffassung, Gruppirung und Behandlung seines Stoffes ein durchaus originelles Werk, ein Werk wie aus Einem Guße, frei von compilatorischer Mosaik, „das vollendetste Rechtsbuch, ebenso wissenschaftlich genau als praktisch zweckmäßig geschrieben.“ (Warnkönig). Eine Benutzung der Statuta et consuetudines, welche allgemein behauptet wird, ist ebenso wenig nachzuweisen, als eine Nachahmung älterer englischer Rechtsbücher. Dagegen lassen einzelne Partien darauf schließen, daß der unbekannte Verfasser mit der Literatur über das fremde Recht vertraut war. Das Werk muß den praktischen Bedürfnissen jener Zeit in hohem Grade entsprochen haben, denn es wurde für Jahrhunderte die Grundlage der normannischen Rechtspflege und erlangte, obgleich Privatarbeit, in der Normandie gesetzesgleiche Autorität. Es enthalte, so glaubte man, die Gesetze und Gewohnheiten, welche schon vor Rollo in der Normandie galten und von Philipp August nach Erwerbung dieses Landes gesammelt und redigirt worden seien. Der Inhalt des Rechtsbuchs ist wegen der Alterthümlichkeit seiner Bestimmungen eine reiche Fundgrube für die Aufhellung der englischen und deutschen Rechtsgeschichte. Von den Germanisten wurde es mehr als billig vernachlässigt. So hätte man z. B. in Buch I. Kap. 26, de successionibus §. 5, §. 12 ff. die bisher in den Quellen vergeblich gesuchte Parentelenordnung in einer Reinheit und Klarheit finden können, die wenig zu wünschen übrig läßt.

Gleich dem Sachsenspiegel wurde die Somma de legibus Normannie mit einer Glosse versehen, welche den Inhalt des Rechtsbuchs mit Hülfe des fremden Rechtes zu beleuchten sucht. Die Zeit der Glossirung ist noch nicht bestimmt worden. Jedenfalls war die Glosse im funfzehnten Jahrhundert bereits vorhanden. Die Mißverständnisse der Quelle und die ausdrücklichen Bemerkungen über die eingetretene Derogirung einzelner Rechtssätze lassen erkennen, daß das normannische Recht seit Abfassung der Somma sich in wesentlichen Punkten dem Französischen genähert hat. Nicht auf dem Wege der Gesetzgebung, sondern durch das stille aber nachhaltige Wirken der Verwaltung war diese Annäherung herbeigeführt worden. Franzosen präsidirten als königliche Commissäre dem höchsten Gerichtshof des Landes. Die Institution der Grands Bailliages wurde auf die Normandie ausgedehnt. Ein Heer französischer Beamtenfamilien wandert seit dem dreizehnten Jahrhundert in die Normandie und macht sich dort seßhaft. Zeitweilig wurden auch Processe mit Umgehung des Echiquier an das Pariser Parlament gezogen. Wenn auch der Provinzialgeist solchen Uebergriffen wirksamen Widerstand entgegensetzte, so hat doch die Verwaltung der Rechtspflege im Verein mit der Lehre des fremden Rechts nicht nur die Fortbildung des einheimischen Rechts gehemmt, sondern dasselbe auch allmählig entnationalisirt.

Im Jahre 1534 wurde der Coutumier mit Nachträgen und Verweisungen auf das römische und kanonische Recht versehen. Sie stammen von dem Licentiaten Guillaume le Rouille d'Alençon, den man euphemistisch wohl auch den normannischen Coke genannt hat. Mitte des sechzehnten Jahrhunderts verfaßte Guill. Terrien Lieutenant général des Bailliage von Dieppe, seine Commentaires du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie, die 1574 zuerst im Druck erschienen. Dieses Werk von Terrien und der alte Coutumier gelten noch jetzt als Grundlagen des Rechts für die Inseln Guernsey und Jersey und die übrigen zu England gehörigen normannischen Inseln.

Die älteste bekannte Ausgabe des Grand Coutumier stammt vom Jahre 1483. Die letzte vor der Homologirung der Coutume datirt von 1578. Die Ausgaben seit 1534 enthalten in der Regel nebst der Glosse auch die Noten von Le Rouille. Einen mangelhaften Abdruck des lateinischen Textes bietet Ludewig im siebenten Bande der Reliquiae

manuscriptorum. Von den französischen Texten ist der bei Bourdot de Richebourg, Coutumier général IV. der zugänglichste. Eine kritische Ausgabe ist Bedürfniß und soll dem Vernehmen nach vorbereitet werden. Ueber die Drucke des Grand Coutumier vergleiche Ed. Frère, Manuel de Bibliographie Normande s. v. Coutumier und die Notice bibliographique bei Pannier, Les Ruines de la Coutume de Normandie, 1856.

Von den anderweitigen Quellen des normannischen Rechts sind hervorzuheben: der Coutumier de la Vicomté de l'Eau de Rouen, eine Sammlung handelsrechtlicher Gewohnheiten, deren ältester Bestandtheil in das dreizehnte Jahrhundert zurückreicht. Er findet sich bei Beaurepaire, De la Vicomté de l'Eau de Rouen et de ses coutumes au XIII^{e} et au XIV^{e} siècles. Evreux 1856.

Ferner eine Compilation herausgegeben unter dem Titel Coutume, Style et Usage aux temps des échiquiers de Normandie, Caen 1847, und im achtzehnten Bande der Mémoires de la société des Antiquaires de Normandie. Die vorliegende Fassung stammt aus der ersten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts. Die Arbeit beginnt mit bestimmtem Plan, der aber in weiterem Verlaufe der Darstellung verloren geht. Cap. 78 enthält das Seerecht von Oleron, Cap. 79 eine nach den Capiteln des Grand Coutumier geordnete Zusammenstellung von Urtheilen und Verfügungen des Échiquier meist aus dem Ende des vierzehnten Jahrhunderts.

Jünger als diese Quelle ist der Stille de proceder en pays de Normendie, welcher in den älteren Drucken des Grand Coutumier einen regelmäßigen Anhang desselben bildet. Er ist mit nachträglichen Zusätzen und Interpolationen überladen und dürfte die Grundform seiner gegenwärtigen Gestalt erst in der zweiten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts erhalten haben.

Als Heinrich III. durch die Verordnung von Blois, 22. März 1577 die Redaction einer neuen normannischen Coutume anbefahl, begründete er die Nothwendigkeit der Reform u. a. damit, daß die alte Coutume, die in einem sehr alten Buche aufgezeichnet vorliege, unverständlich in Sprache und Ausdruck, größtentheils außer Gebrauch gekommen sei und von der Bevölkerung des Landes nur zum geringen Theile oder gar nicht mehr verstanden werde. Der Procès verbal über die Reformirung der Coutume rechtfertigt diese Motivirung in vollem Maße, er zeigt, daß das Verständniß des alten normannischen Rechts den Verständigsten bereits abhanden gekommen war. Die wichtigsten Einrichtungen, welchen das normannische Recht seine geschichtliche Bedeutung verdankt, fielen der officiellen Redaction zum Opfer, u. a. die Jury, soweit die Normandie sie ausgebildet hatte; auch sie gehörte bereits zu den Einrichtungen „hors d'usage et peu ou point entendus des habitans du pays"

Literatur. Eine umfassende Bearbeitung der normannischen Rechtsgeschichte fehlt. Es fehlen aber auch die Vorarbeiten, die einen solchen Versuch als möglich erscheinen ließen. Von Monographien ist außer den angeführten Arbeiten Stapletons und Delisle's in Betracht zu ziehen: Madox, History and antiquities of the exchequer of the Kings of England, 1711 u. 1769, der vielfach auch auf das normannische Schatzamt eingeht, und Floquet, Histoire du parlement de Normandie 1840, ein Werk, das die juristische Ausbeute nicht gewährt, die man zu erwarten berechtigt wäre. Bedeutend ist Delisle, Etudes sur la condition de la classe agricole etc. Ueber das normannische Gerichtswesen existiren kleinere Abhandlungen von De la Rue, Morinière, Coupey und Rathery, die in Zeitschriften zerstreut sind. Das umfangreichste Material bieten die Werke eines älteren Autors, des Parlamentsadvocaten Houard, der in seinen Anciennes Loix des Français conservées dans les Coutumes Angloises, Rouen 1766; Dictionnaire analytique historique, etymologique critique et interpretatif de la Coutume de Normandie, Rouen 1780 und in den Traités sur les Coutumes Anglonormandes, Rouen 1776, vielfach auf die Geschichte des älteren normannischen Rechts Bezug nimmt. Mit tiefer innerer Ueberzeugung, aber mit sehr seichter Kritik vertheidigt Houard den Zusammenhang des altfranzösischen, normannischen und englischen Rechts, der von seinen Nachfolgern häufig mit

Unrecht ignorirt wurde. — Vorliegende Skizze der normannischen Quellengeschichte ist ein Auszug aus einer längeren Ausführung über diesen Gegenstand, die der Verfasser in anderem Zusammenhange zu veröffentlichen gedenkt.

III. Die Quellen des englischen Rechts.

A. Die angelsächsischen Rechtsquellen. §. 10. Die Satzungen der Angelsachsen nehmen in der Geschichte des englischen Rechts dieselbe Stellung ein, wie die Volksrechte in der Rechtsgeschichte der übrigen deutschen Stämme. Wenn zwar die selbstständige Entwickelung des angelsächsischen Rechts durch die normannische Eroberung abgebrochen wurde, so hat es sich doch zum Theil neben den normannischen Neuerungen erhalten und mit diesen in die geschichtlichen Grundlagen der heutigen englischen Staats- und Rechtsverfassung getheilt. Zu diesem praktischen Gesichtspunkte kommt noch ein theoretischer. Der Reichthum der angelsächsischen Gesetzgebung in dem halben Jahrtausend von Aethelbirht bis auf Wilhelm den Eroberer, der rein deutsche Charakter des Rechts, das vom römischen Rechte gar nicht, vom kanonischen nur in sehr geringem Maße beeinflußt wurde, die deutsche Gesetzes- und Urkundensprache, welche in Deutschland selbst erst im dreizehnten Jahrhundert die lateinische zu verdrängen begann und endlich die ununterbrochene Reihenfolge der Rechtsquellen, welche anderwärts zwischen dem neunten und dreizehnten Jahrhundert eine schwer auszufüllende Kluft aufweisen — all' diese Umstände stellen die angelsächsische Gesetzgebung in die erste Reihe der Erkenntnißquellen des germanischen Rechts.

Die Satzung des Rechts erfolgte bei den Angelsachsen auf den Landesversammlungen (Witenagemote), auf welchen der König sich mit den Vornehmen des Landes (den Witan) über die Aufrechthaltung und Stärkung des Friedens berieth. Wie die deutschen Volksrechte haben auch die Gesetze der Angelsachsen (Domas) zum Theil schon bestehendes Gewohnheitsrecht fixirt, zum Theil neues Recht geschaffen.

Die Quellen des angelsächsischen Rechts lassen sich mit Gneist am übersichtlichsten in folgenden Gruppen zusammenstellen.

1) Die altkentische Gesetzgebung umfassend die Gesetze Aethelbirhts (560—616) über Wergeld und Bußen, namentlich Gliederbußen, ferner die sog. Gesetze Hlothars und Eadrics (nach 673) strafrechtlichen und processualen Inhalts, und endlich die Gesetze Wihträds (von 696) über kirchenrechtliche und criminalrechtliche Gegenstände und Freilassungen.

2) Die Gesetze Ine's, Königs der Westsachsen (688—727), bemerkenswerth durch ihren größeren Umfang, sowie durch den Umstand, daß Westsachsen später „caput regni et legum" wurde. (Leges Henr. I, c. 70). Daraus erklärt sich auch die Berücksichtigung, welche ihre Bestimmungen, zumal die über Friedensbrüche in der späteren Gesetzgebung finden.

3) Aus der Zeit des consolidirten Reiches stammen: die Gesetze Alfreds von Westsachsen (871—901), wahrscheinlich aus dem Ende seiner Regierung, als er nach langjährigen Kriegen mit den Dänen an die Wiederbefestigung des zerrütteten Rechtszustandes denken konnte. Sie enthalten zum Theil eine Wiederholung von Gesetzen Aethelbirht's, Offa's und Ine's. Rechtliche Normen über Wergeld, Eid, Gewährschaft u. anderes finden sich auch in Alfreds Vertrag mit dem Dänenhäuptling Guthrum (880—890). Die Gesetze Edwards des Aelteren (901—924). Es sind ihrer zwei. Das ältere handelt von Kauf, Rechtsverweigerung und Meineid; das zweite enthält Bestimmungen verschiedenen Inhalts zum Zwecke der Friedensbewahrung. Die sog. Gesetze Edwards und Guthrums hauptsächlich kirchliche Verhältnisse betreffend. Die Gesetze

Aethelstans (924—940), welche auf verschiedenen chronologisch nicht genau zu bestimmenden Versammlungen entstanden. Zu ihnen gehören: Die Constitutio de decimis, das Concilium Greatanleagense, Aethelstans wichtigstes Gesetz, das Concilium Exoniense, das Concilium Fefreshamense (Beschlüsse eines Witenagemote mit Vorbehalt der königlichen Sanction), das Concilium Thunresfeldense, eine erweiterte Bestätigung der Beschlüsse von Exeter und Fefresham und endlich die Judicia civitatis Lundoniae ein interessantes Rechtsdenkmal, welches u. a. die Statuten der Londoner Friedensgilden bezüglich der Gesammtbürgschaft enthält. Die Gesetze Edmunds (940—946) bestehend aus dem Concilium Lundinense geistlichen und weltlichen Inhalts (Beschränkung der Magenbürgschaft) und dem Concilium Culintonense über den Diebstahl. Die Gesetze Edgars (959—975), unter welche die Constitutio de hundredis mit großer Wahrscheinlichkeit, das Concilium Wihtbordestanense und das Concilium Andeferanense mit Bestimmtheit zu zählen ist. Die Gesetze Aethelreds (978—1016), mit welchen die Reihe der von nationalen Herrschern erlassenen Gesetze der Angelsachsen abschließt. Aus der großen Zahl derselben sind hervorzuheben, das Concilium Wudestockiense, ferner ein Friedensvertrag mit den Dänen, das Concilium Wanetungense, die Constitutiones von 1008 und 1014, das Concilium Aenhamense und das Concilium apud Habam.

4) Die Gesetze Knuts (1016—1035), welche auf dem Concilium Wintoniense erlassen wurden. Sie zerfallen in die Leges ecclesiasticae und leges civiles und wiederholen zum größten Theile ältere angelsächsische Gesetze. Bestritten ist die Echtheit der Constitutiones de foresta, welche gleichfalls Knut zugeschrieben werden.

5) Als Quellen des angelsächsischen Rechts sind mehrere compilatorische Privatarbeiten zu betrachten, welche unter den ersten normannischen Königen verfaßt wurden, zum Theil in der Absicht, um den Bestand des alten Rechts den Eroberern gegenüber zu sichern. Von untergeordneter Bedeutung sind die Pseudoleges Canuti, eine ziemlich planlose Zusammenstellung aus angelsächsischen Gesetzen, welche einzelnes aus einer uns unbekannten Quelle entnahm. Sie entstand vermuthlich in der Zeit Heinrichs I. Weitaus höheren Werth besitzen die sog. Leges Henrici primi. Die Bezeichnung des Rechtsbuches rührt von den zwei ersten Capiteln, die König Heinrichs I. Freibrief von 1101 und ein Privilegium desselben für London enthalten. Der übrige Theil der Quelle hat durchaus das Gepräge einer Privatarbeit, die unter Stephan oder in den ersten Jahren Heinrichs II. entstanden sein dürfte. Der Verfasser benutzte das Decretum Gratians, das Decret Burchards von Worms, stellenweise die Lex Salica, Lex Ribuariorum und fränkische Capitularien, am ausgiebigsten aber die angelsächsischen Gesetze, die ihm in lateinischer Uebersetzung vorlagen. Manche Sätze enthalten nicht angelsächsisches, sondern normannisches Recht, ohne daß der Verfasser diesen Gegensatz zum Bewußtsein bringt. In der Terminologie schlagen schon vielfach normannische Ausdrücke durch. Der Styl ist geschraubt, der Text häufig corrumpirt und daher das Rechtsbuch wegen der Dunkelheiten, die jeder Interpretation trotzen, berüchtigt. Die sogenannten Leges Edwardi Confessoris stellen sich Eingangs als das Ergebniß einer Enquête dar, welche Wilhelm der Eroberer im vierten Jahre seiner Regierung durch je zwölf auserlesene Geschworne über das angelsächsische Recht veranstaltet habe. Allein der Inhalt des Rechtsbuches zeigt, daß man es mit einer im 12. Jahrhundert aus gelehrter Liebhaberei unternommenen Privatcompilation zu thun hat, welche die Bestimmungen älterer angelsächsischer Quellen zusammenstellt.

6. Vereinzelte Anordnungen und Aufzeichnungen unbestimmter Zeit, betreffend das Wergeld, den Eid, den Exorcismus bei Ordalien, Gerichtsformeln und anderes. Hervorzuheben sind das sog. Senatusconsultum de monticulis Wal-

liae (Gerædnes betweox Dûnsêtan), ein Gesetz, durch welches der Grenzverkehr zwischen den Westsachsen und dem wälischen Volksstamme der Dunseten geregelt wurde, ferner die Rectitudines singularum personarum, ein Privataufsatz über die auf den verschiedenen Arten von Gütern haftenden Grundlasten.

Ausgaben und Literatur. Die ältere Literatur benutzte die angelsächsischen Gesetze in der Ausgabe von Wilkins, Leges Anglo-Saxonicae .... cum notis, versione et glossario, London, 1721 f., welche bei Canciani, Barbarorum Leges IV und bei Houard, Traités sur les Coutumes Anglonormandes II wieder abgedruckt worden ist. Diese Edition ist aber nun überholt durch die von der Recordcommission veranstaltete Ausgabe: Ancient Laws and Institutes of England comprising laws enacted under the Anglo-Saxon Kings from Aethelbirht to Cnut with an English translation of the Saxon, the laws called Edward the Confessors, the Laws of William the Conqueror and those ascribed to Henry the first with a compendious Glossary etc. printed .... under the direction of the commissioners on the public records of the Kingdom, London 1840, von R. Price begonnen, nach dessen Tode von Thorpe vollendet, in Fol. und außerdem in 2 Bänden 8. Auf dieser Ausgabe fußt die von Reinhold Schmid: Gesetze der Angelsachsen in 2. Auflage 1858 mit deutscher Uebersetzung, trefflicher quellengeschichtlicher Einleitung und werthvollem Glossar. — Ueber die agſ. Rechtsquellen vergl. neben der Einleitung bei Schmid, welcher voranstehende Skizze entlehnt ist, dessen Aufsatz in der Zeitschrift Hermes Band 31, Heft 2 (1828), Stobbe, Rechtsquellen I, 194 ff. und die präcis gefaßten Angaben bei Gneist, Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des Selfgovernment, 2. Auflage 1863, I, 7. Zur agſ. Rechtsgeschichte: Kemble, The Anglosaxons in England, 2 vols, 1849 (übersetzt von Brandis, Leipzig 1853/4, 2 Bände), Kemble, Codex diplomaticus, 6 vols, 1839—1846, Konrad Maurer in der kritischen Ueberschau I, II, III, Phillips Geschichte des agſ. Rechts, 1825, und die betreffenden Abschnitte bei Gneist, Selfgovernment, und Geschichte des englischen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, 1867; Sir Francis Palgrave, The Rise and Progress of the English Commonwealth, 1831/2, 2 Bände, 4.

B. Die Quellen des anglo-normannischen Rechts. § 11. Von Wilhelm I. bis auf Heinrich II, 1066—1154. In der Eroberung Englands bewährte sich die Ueberlegenheit der feudalistisch gesättigten Staatsordnung der Normannen gegenüber dem in Verfall gerathenen Staatswesen der Angelsachsen, das seine alten genossenschaftlichen Grundlagen nicht zu bewahren, aber auch den Lehnsstaat nicht auszubilden vermocht hatte. Auch in dem Kampfe beider Rechte, der in Folge der Eroberung begann, zeigte sich das normannische vielfach als das stärkere Element. Grundsätze des fränkisch-normannischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes, des Privat-, Straf- und Proceßrechts gelangten in England zur Geltung und erfuhren hier wie das Lehnwesen zum Theil eine Schärfung und Zuspitzung, welche dem Boden, der sie ausgebildet, fremd blieb.

Die Normannen brachten in ihren Rechtsbeziehungen untereinander das normannische Recht zur Anwendung. Für die Verhältnisse zwischen Normannen und Angelsachsen wurden besondere gesetzliche Bestimmungen erlassen. Den Angelsachsen selbst wurde zwar die ungeschmälerte Fortdauer ihres Rechts principiell gewährleistet, allein es ging damit, wie mit allen principiellen Concessionen. In der Praxis kehrte man sich nicht daran, denn der Zug der thatsächlichen Verhältnisse war stärker als das aufgestellte Princip. Normannen bildeten fast ausschließlich die höhere Schichte der Gesellschaft und hatten den großen Grundbesitz inne. Sie drängten sich an den Hof des Königs, während die Angelsachsen nach fruchtlosen Aufständen sich verstimmt von der Neuordnung der Dinge fernhielten. Aus der Reihe der Normannen wurden die geistlichen und weltlichen Aemter besetzt. Sie bildeten die Curia Regis und damit war das höchste Gericht dem Einfluß des normannischen Rechts preisgegeben, eine Thatsache, die um so schwerer wiegt, als in England die Praxis des Königsgerichtes durch eine beispiellose Centralisation der Rechtspflege die Fortbildung des Rechts vollständig beherrschte.

Nicht sofort nach der Eroberung machte sich dieser Proceß in seiner Schärfe geltend. Die Normannisirung des Landes und seines Rechts war nur eine allmähliche. Unter Wilhelm dem Eroberer bewegte sich die Gesetzgebung noch in den Geleisen der angelsächsischen Zeit. Doch tritt als Gesetzessprache zuerst theilweise, dann vollständig an Stelle

des Angelsächsischen das Lateinische, um seit Edward I. mit dem Französischen abzuwechseln und seit Richard II. ihm vollständig zu weichen.

Von Wilhelm I. (1066—1087) besitzen wir 4 Gesetze. 1. Die Leges et consuetudines quas Willielmus rex post adquisitionem Angliae omni populo Anglorum concessit tenendas. Auf sie ist vielleicht die Nachricht zu beziehen, welche die Leges Edwardi an ihre Spitze stellen, daß nämlich angelsächsisches Recht durch eine von Wilhelm angeordnete Inquisitio festgestellt worden sei. Die Bestimmungen des Gesetzes sind zum größeren Theile angelsächsisch, nur einige sind neu, welche sich auf das Verhältniß von Normannen und Angelsachsen beziehen. 2. Willelmes cyninges âsetnysse (König Wilhelm's Satzungen), ein Gesetz in angelsächsischer Sprache, welches das Beweisverfahren in Processen zwischen Normannen und Angelsachsen regelt. 3. Carta Willelmi de quibusdam statutis, welche uns nur in umgearbeiteter Gestalt vorliegt. 4. Eine Verordnung über die Trennung der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit, wodurch in diesem Punkte gegenüber der angelsächsischen Sitte die continentalen Grundsätze zur Geltung gebracht wurden.

Gegen Ende der Regierung Wilhelms entstand als das Ergebniß einer amtlichen Enquête das Reichsgrundbuch, the Domesdaybook, welches eine eingehende Specialisirung der Grundbesitzverhältnisse des Reiches zu fiscalischen Zwecken enthält. Es wurde amtlich herausgegeben 1783, 2 vols. Fol. Im Jahre 1816 lieferte die Recordcommission zwei Nachtragsbände. Vergl. Gneist, Englisches Verwaltungsrecht I, 122.

Der normannischen Finanzverwaltung in England verdanken wir noch eine andere wichtige Rechtsquelle, in welcher zwar der fiskalische Gesichtspunkt vorwiegt, aber auch, weil er die ganze normannische Staats- und Rechtsverfassung durchdringt, wichtige Anhaltspunkte über das Dasein von Rechts-Sätzen und Instituten gegeben sind. Wir meinen die Rechnungsabschlüsse des Exchequer, welche in England weiter hinaufreichen, als die normannischen, hinter diesen aber in Bezug auf die Specialisirung der einzelnen Rechnungsposten zurückstehen.

Die älteste englische Schatzrolle stammt aus dem 31. Regierungsjahre Heinrich's I. Die Schatzrollen, Rolls of the Pipe, Rotuli Pipae, sind von der Recordcommission einzeln edirt. Ausgaben: Magnus Rotulus Scaccarii vel Magnus Rotulus Pipae de anno 31° regni Henrici I. (ut videtur) 1130—1131 ed. Joseph Hunter, 8, 1833. The Great Rolls of the Pipe for 2, 3, 4 Henr. II., 1155—1158 ed. Hunter, 8, 1844. The Great Rolls of the Pipe for 1, Richard I. 1189—1190 ed. Hunter, 8, 1844. Rotulus Cancellarii vel antigraphum Magni Rotuli Pipae de tertio anno regis Johannis (1201, 1202). London 8, 1833. Ferner: Rotuli de Libertate ac de Misis et Praestitis regnante Johanne cura Th. Duffus Hardy 8, 1844. Rotuli de Oblatis et Finibus in turri Londinensi asservati tempore Regis Johannis accurante Th. Duffus Hardy 1835.

Unter Heinrich I. (1100—1135) wurde ein Tractat über das englische Recht verfaßt, von welchem leider nur die Vorrede und ein Theil des ersten Buches erhalten ist. Ueber den Inhalt des Rechtsbuches macht der Autor selbst folgende Angabe: Primus liber continet leges Anglicanas in Latinum translatas (eine lateinische Uebersetzung der Gesetze Knuts, Conc. Winton.); secundus habet quaedam scripta temporis nostri necessaria. Tertius est de statu et agendis causarum. Quartus est de furto et partibus ejus. Die letzten 3 Bücher, deren zweites wichtige Aufschlüsse über anglo-normannisches Proceßrecht verspräche, sind verschollen. Hoffnungen einer Wiederauffindung hegt Cooper An Account of the most important public records of Great Britain and the publications of the record commissioners 1832, II, 412, wo man einen Abdruck der Vorrede und eingehende Nachrichten über den verschollenen Tractat finden kann.

§ 12. Von Heinrich II. bis gegen 1300. Nachhaltigen Anstoß erhielt die Rechtsbildung unter Heinrich II. (1154—89), der seit 1150 Herzog der Normandie und unter Stephan Capitalis Justitiarius Angliae gewesen war. Epochemachend sind aus seiner Regierungszeit die Reichsschlüsse von Clarendon 1164 und Northampton 1176. Heinrich II. war es, der zuerst in der Normandie und dann in England die Beweisjury, welche bis dahin nur von Fall zu Fall ausnahmsweise in Anwendung gekommen war, als ordentliches Beweismittel in den Civilproceß einführte und dadurch den Grund legte zur Ausbildung nicht nur des englischen Proceßrechts, sondern auch des innig damit verwachsenen Privatrechts. Anknüpfend an vereinzelte Anklänge älterer Zeit schuf er ferner das Institut der reisenden Richter (justiciarii itinerantes, Justices of eyre), in dem er zum Zweck commissarischer Ausübung der dem Königsgerichte vorbehaltenen Gerichtsbarkeit das Reich in große missatische Sprengel (circuits) theilte, eine Maßregel, die in der Organisirung der ordentlichen Missi durch Karl den Großen ihr geschichtliches Analogon hat. Aus der Zeit Richard's I. (1189—1199) sind uns die Capitula Itineris, die Instructionen, die den reisenden Richtern mitgegeben wurden, erhalten, sie erinnern in Form und Inhalt an ein karolingisches Capitulare missorum. Im Anschluß an die erwähnte Neuerung schied sich seit Heinrich II. aus dem Exchequer eine collegialische Justizabtheilung, das Bancum, aus, von dem sich dann unter Richard I. ein ständiger Gerichtshof für gewöhnliche Civilprocesse, der Court of Common Pleas (Communia placita) abzweigte. „Die Fortbildung des Rechts kommt dadurch viel früher als auf dem Continente in die Hände technisch gebildeter Richter, das Gewohnheitsrecht wird weiter beschränkt als jemals in Deutschland" (Gneist). Unter Heinrich II. beginnt in England auch die literarische Bearbeitung des anglo-normannischen Rechts (wenn wir von jenem verschollenen Tractate aus Heinrich's I. Zeit absehen), welche schon durch die Objecte ihrer Darstellung, die Finanzgebahrung des Scaccarium und das Verfahren des Königsgerichtes auf die Stätte hinweist, von welcher der Impuls ausgegangen.

Nach dem Vorbilde Gundermann's, dem wir eine treffliche Uebersicht der englischen Rechtsquellen bis auf Heinrich VIII. verdanken, soll das für diese Periode in Betracht kommende Material nach folgenden Gesichtspunkten gruppirt werden.

1. Statutes. Die englischen Juristen scheiden die Gesammtmasse des Rechtsstoffes in statute law und common law je nach dem gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Ursprunge desselben. Doch wird dieser Unterschied nicht durchweg festgehalten, und hat der Begriff des common law noch andere Gegensätze. Die älteren Satzungen der normannischen Könige zählen zu den Quellen des common law. Sie sind entweder Constitutiones, Assisae, vom König nach Berathung mit den Großen des Landes erlassen (Assisa ist Versammlung, Sitzung, ferner Urtheil oder Satzung als das Ergebniß einer Gerichtsversammlung und endlich auch ein bestimmtes durch königliche Satzung eingeführtes Proceßinstitut), oder sie heißen Chartae, Charters, einseitige königliche Verleihungen, Freibriefe zur Abhülfe von Beschwerden. Die officielle Ausgabe der Statuten bringt unter der Rubrik Charters die Freibriefe Heinrich's I. von 1101, Stephan's De libertatibus ecclesie Anglicane et regni von 1136 und sine dato, Heinrich's II. ohne Datum, Johann's ut libere sint electiones totius Anglie von 1214, die Articuli Magne Charte Libertatum von 1214, die Magna Charta Johann's vom 15. Juni 1215, die Magna Charta Heinrich's III. von 1216, 1217, 1224/5, die Charta de foresta von 1217, 1224/5 und die weiteren Bestätigungen der zwei letztgenannten Gesetze. Die eigentlichen Statuten beginnen mit den Provisiones de Merton aus dem 20. Regierungsjahre Heinrich's III., 1235/6, welchen in den Statutensammlungen von den Charters regelmäßig die Magna Charta und die Charta de foresta vorausgeht. Aus der Zeit Heinrich's III. ist noch das Statutum de Marleberge, St. of Marlebridge

1267 seiner Bedeutung halber zu erwähnen. Unter Edward I. (1272—1307) dem englischen Justinian, nimmt die Zahl der Statuten in solchem Maße zu, daß eine Aufzählung auch nur der wichtigsten hier unzulässig erscheint. Während der an Reformen fruchtbaren Regierung Eduard's I. gewann England die wesentlichen Grundlagen seiner nachmaligen Constitution und damit den verfassungsmäßigen Organismus seiner Gesetzgebung. „Als Mittelpunkt der Staatsregierung" bildete sich ein permanenter Staatsrath, the continual council (später Privy council), bestehend aus den geistlichen und weltlichen Inhabern der höchsten Staatsämter. In Folge specieller königlicher Ladung treten Prälaten und Barone periodisch zu diesem Staatsrathe hinzu und bilden mit ihm das Magnum concilium, den Reichsrath. Unter Eduard I. wurde es ferner Sitte, „zur Besprechung über außerordentliche Beiträge und bald auch weiter zur Stärkung der Gesetze und zur Abhülfe der Landesbeschwerden Abgeordnete der Communitates, Vertreter der Grafschaften und Städte zu berufen", welche seit Eduard III. sich als besondere Körperschaft constituirten. „So war der äußere Rahmen eines Ober= und Unterhauses gebildet, unter dessen Beirath und Zustimmung das Königthum die organische Gesetzgebung des laufenden Jahrhunderts gestaltet hat". (Gneist, Selfgovernment I, 145.)

Ausgaben der Statutes. Die Gesetze Wilhelm's I. sind in der officiellen englischen Ausgabe und bei Schmid unter die Gesetze der Angelsachsen aufgenommen. Schlimm steht es dagegen mit der Ueberlieferung der Gesetze von da an bis zum Anfangspunkt der englischen Statutensammlungen. Wir sind für diese wichtige Periode auf den Codex legum veterum statutorum regni Angliae ab ingressu Guilelmi I. usque ad a. 9. Henrici III. von Heinrich Spelman angewiesen, eine Compilation von Fragmenten der Scriptores, königlichen Verordnungen, Privilegien, Reichsschlüssen u. dgl, welche Wilkins aus den nachgelassenen Papieren des Verfassers in seinen Leges Anglosaxonicae und nach ihm Houard im 2. Bande seiner Anciennes Loix abgedruckt hat.

Die Statuten im eigentlichen Sinne bis 1714 erschienen 1810—1828 in einer officiellen Ausgabe: The Statutes of the Realm from original Records and authentic Mss. printed by command of his majesty King George the third in pursuance of an address of the house of Commons of Great Britain from the earlist times to the end of the reign of Queen Anne, 11 vols. in Fol. (Band I reicht bis 50 Edward III.) Die wichtigsten älteren Statuten haben durch Coke (Institutes of the Laws of England, part II) einen berühmt gewordenen Commentar erhalten. Unter den zahlreichen Ausgaben, welche sich vom praktischen Gesichtspunkte leiten lassen und daher die veralteten Statuten weglassen, seien hier nur erwähnt: Die Statutes at large from Magna Charta to the Union of the Kingdom of Great Britain and Ireland by T. E. Tomlins and J. Raitby. London 1811, 4°, 10 vols

2) Gerichtliche Quellen. a. Writs (Brevia). Im Gegensatz zu dem alten formalen Gerichtsverfahren mit Zweikampf und Eid entstand am englischen Königsgerichte nach normannischem Vorbilde ein neues, welches principiell auf die Curia regis beschränkt, durch königliche Mandate an den ordentlichen Richter, den Vicecomes, eingeleitet und zum Theil auch fortgeführt wurde. Anfänglich waren solche Writs eine von Fall zu Fall vom König nicht selten um Geld ertheilte Begünstigung. Seit Heinrich II. wurde daraus ein ordentliches Rechtsmittel, indem die königliche Kanzlei ein für allemal angewiesen wurde, auf Verlangen solche Mandate nach bestimmten Formularen an die Parteien zu verabfolgen. So entwickelte sich ein dem römischen Formularproceß vergleichbares Verfahren. Durch die Formeln der Writs wurden die Klagen des englischen Rechts individualisirt, so daß Bracton sagen konnte: tot formulae brevium, quot sunt genera actionum. Die Brevia wurden eingetheilt in brevia formata und brevia magistralia. Erstere sind jene, für welche das Formular gesetzlich feststeht, letztere werden von der

Kanzlei in consimili casu, d. h. in Fällen, die den bereits vorgesehenen verwandt sind, als actiones utiles dem Kläger gewährt, ein Vorgehen, welches durch das zweite Westminsterstatut, 13 Ed. I, ausdrücklich angeordnet wurde. Man unterschied ferner brevia originalia, die den Proceß einleiteten und brevia judicialia, die in den weiteren Verlauf desselben eingriffen. Zahlreiche Formeln von Writs finden sich bei Glanvilla und in den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts; besonders reich an solchen ist auch das Statutum Walliae von 1284, welches den englischen Proceß in Wallis einführte. In der folgenden Periode entstanden Sammlungen und Bearbeitungen der Writs; von ihnen wird später die Rede sein.

b. Records, das sind Protocolle über die Verhandlungen und Entscheidungen der Gerichte (Records im engeren Sinne: der königlichen Gerichte), welche bei den einzelnen Gerichtshöfen von Amts wegen zum Zweck der Feststellung gerichtlicher Acte aufgenommen und aufbewahrt wurden. Sie sind in England bereits aus sehr früher Zeit in Menge vorhanden. Publicirt sind: Placitorum in domo capitulari Westmonasteriensi asservatorum abbreviatio temporibus regum Ric. I., Joh. Henr. III., Edw. I., Edw. II., ein Auszug aus den Gerichtsprotocollen, welcher unter der Königin Elisabeth gemacht und 1811 im Auftrage der Regierung veröffentlicht wurde. Ferner: Die Rotuli Curiae Regis — Rolls and Records of the court held before the King's justiciars etc., herausgegeben von Palgrave 1835 in 2 Bänden (8), enthaltend die vollständigen Protocolle, welche über die Verhandlungen vor der Curia regis und vor den reisenden Richtern von Richard I. bis 1 Johann inclusive erhalten sind. Vol. I: from the sixth year of King Richard I. to the accession of King John. Vol. II: the first year of King John I

c. Reports, das sind literarische Aufzeichnungen, welche nicht wie die Records zum Zweck amtlicher Fixirung gerichtlicher Acte verfaßt werden, sondern mit nebensächlicher Berücksichtigung der concreten Thatsachen die für die Rechtspraxis relevanten Gesichtspunkte einer Gerichtsverhandlung im allgemeinen Interesse zur öffentlichen Kenntniß bringen wollen. Sie enthalten demnach nur eine kurze Erzählung der Facta, auf die in den Records das Hauptgewicht gelegt wird, ausführlicher dagegen die Argumente der Parteien und die Urtheilsgründe. Seit dem Ende der Regierung Eduard's I. bis zum Schluß der Regierung Heinrich's VIII. wurden zur Abfassung der Reports besoldete Berichterstatter von der Staatsgewalt bestellt. Die Reports von Eduard II. bis Heinrich VIII. sind, von einzelnen Lücken abgesehen, unter dem Namen Yearbooks gedruckt. Die erste Gesammtausgabe erschien 1610. Ueber die Mängel der vorhandenen Editionen siehe Cooper, An Account II, 391 ff. Aeltere Reports aus der Regierungszeit Eduard's I. wurden neuestens mit englischer Uebersetzung des altfranzösischen Textes herausgegeben. Year-Books of the King Edward the first edited and translated by Alfred J. Horwood, 30, 31 Edw. I, 1863; 32, 33 Edw. I, 1864; 20, 21 Edw. I, 1866. (In den Rerum Britannicarum medii aevi scriptores.)

3) Rechtsbücher. a. Der Dialogus de Scaccario, eine als Dialog geschriebene Abhandlung über die Zusammensetzung und Verwaltung des königlichen Schatzamtes, in welcher auch für Privat- und Proceßrecht Ausbeute zu finden ist. „Sie gibt ein Zeugniß von der frühreifen Entwickelung der Verwaltungstechnik in dem normannischen Staatswesen, ein merkwürdiges Document des Geistes der Centralisation und der Beamtenanschauung vom Staat, wie man ein ähnliches im Mittelalter vergeblich suchen wird." (Gneist, Verwaltungsrecht I, 201.) Der Dialogus wurde wahrscheinlich 1178 von Richard Fitz-Nigel, Hofkaplan Heinrich's II. und später Bischof von London und Schatzmeister, verfaßt. Er ist anhangsweise gedruckt bei Madox, The history and antiquities

of the Exchequer of the Kings of England. London, 1711 und 1769. Cf. Thomas, Notes of Materials for the History of Public Departments 1846.

b. Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae tempore R. Henrici secundi compositus justitiae gubernacula tenente Ranulpho de Glanvilla, „der erste Versuch einer wissenschaftlichen Bearbeitung des einheimischen Rechtsstoffes im modernen Europa" (Gundermann). Der Verfasser Ranulph von Glanvilla war 1180—1189 Capitalis Justitiarius Angliae. Sein Tractat, der sich auf die Darstellung des Verfahrens am Königsgerichte beschränkt, ist nach 1187 entstanden. Die in Deutschland zugänglichste Ausgabe ist die im 2. Bande von Phillips' englischer Rechtsgeschichte. Er findet sich auch bei Houard Traités I. Selbstständige Ausgaben erschienen in England 1554 (von Staunforde), 1604, 1780 &c.

c. Henrici de Bracton de legibus et consuetudinibus Angliae Libri quinque. Bracton war englischer Richter unter Heinrich III. (1216—1272). Und der Standpunkt des praktisch geschulten Juristen ist es, der in seinem ausführlichen Werke allenthalben hervortritt. Sein Name, dessen unrichtige Schreibung er gelegentlich selbst als ein Beispiel der Gründe für die Ungültigkeit eines Writ anführt, wurde trotzdem von den Abschreibern häufig in Bryeton, Breton u. dgl. entstellt. Nach Horwood's Bemerkung in der Vorrede zu den Yearbooks 20 und 21 Edw. I soll Bratton die richtige Namensform sein. Die Entstehung des Buches fällt nach Güterbock in die Jahre 1256 bis 1259. Wie Glanvilla stellt es nur das Recht und Verfahren des Königsgerichts und der missatischen Gerichte dar. Es liefert die eingehendste Darstellung des englischen Rechts, welche das Mittelalter aufzuweisen hat und zeichnet sich durch reiches casuistisches Detail und die sorgfältige Verarbeitung der gerichtlichen Entscheidungen über einzelne Rechtsfälle aus. Nach beiden Richtungen hin hat die englische Jurisprudenz in Bracton ihren ersten typischen Ausdruck gefunden. In einem anderen Punkte dagegen steht Bracton in der englischen Rechtsliteratur vereinzelt da, nämlich in Bezug auf den Einfluß, welchen er dem römischen Rechte auf seine Darstellung gewährt. Dieses hatte im 12. Jahrhundert namentlich an der Universität Oxford, wo Vacarius lehrte, eine zwar vorübergehende, aber sorgfältige Pflege erhalten. Die Lehre desselben hat die älteren englischen Rechtsbücher bezüglich der Schärfe juristischer Auffassung und der Behandlungsmethode unverkennbar beeinflußt. Bei keinem englischen Juristen macht sich aber die erste Frische dieses Impulses so deutlich geltend, wie bei Bracton. Die Definitionen allgemeiner Rechtsbegriffe, die Eintheilungen, die Terminologie bei Bracton weisen vielfach auf das römische und kanonische Recht zurück, dessen Kenntniß er entweder unmittelbar aus dem Corpus juris civilis, dem Decret und den Decretalen oder aus Azo's Summa zum Codex und zu den Institutionen schöpfte. Aeußerst selten sind dagegen die Fälle, wo Bracton in Folge romanistischer Auffassung den Boden des in England praktisch geltenden Rechts verläßt. — Eine neue Ausgabe des Rechtsbuches ist Bedürfniß. Es erschien zuerst 1569 in Fol. Die zweite Ausgabe von 1640 in 4. ist ein unveränderter Abdruck der ersten. Vergl. Güterbock, Henricus de Bracton und sein Verhältniß zum Römischen Rechte 1862.

d. Fleta seu commentarius juris Anglicani, die Arbeit eines unbekannten Juristen, welche der Abfassung im sog. Fleetgefängniß ihren Namen verdankt (Tractatus ... Fleta merito appellari poterit quia in Fleta ... fuit compositus). Sie entstand um das Jahr 1290 (Güterbock glaubt: nach 1292). Zum größten Theile enthält sie einen oft wörtlichen Auszug aus Bracton, den sie etwa auf ein Drittel seines Umfangs reducirt. Doch benutzt sie die seit Bracton erlassenen Gesetze und ergänzt denselben auch sonst in wesentlichen Punkten. Die Fleta wurde 1647 und 1685 gedruckt. Beiden Ausgaben ist die werthvolle Dissertatio historica ad Fletam von Selden angehängt. Einen unvollständigen Abdruck bietet Houard Traités sur les coutumes Anglonormandes III.

e. Das Rechtsbuch des Gilbert von Thorton „Summa de legibus et consuetudinibus Angliae etc.“ von 1292. Der Verfasser war Capitalis Justitiarius Angliae unter Eduard I. und wollte, wie er selbst angibt, aus Bracton's weitläufigem Werke ein Compendium schaffen. Die Eingangs verheißene Berücksichtigung der nachbractonischen Gesetzgebung wird in dem Werke selbst vermißt. Thorton ist noch nicht gedruckt. Nachrichten über ihn gibt Selden in seiner Dissertatio ad Fletam.

f. Selbstständiger als die zwei genannten Werke verhält sich zu Bracton ein unter dem Namen Britton gangbares Rechtsbuch, welches man mitunter grundlos für ein Excerpt aus Bracton oder eine Umarbeitung desselben ausgegeben. Nach den Untersuchungen des neuesten Herausgebers verdankt es seine Entstehung dem historisch beglaubigten Projecte Eduard's I., das englische Recht etwa nach Art der Institutionen zusammenstellen zu lassen. Das Werk ist nicht in der Weise eines Rechtsbuches abgefaßt, sondern führt seine Rechtssätze durch die Autorität des Gesetzgebers ein (Nous voloms, nous graautoms rc.) Der Verfasser, Britton, war vermuthlich ein im Dienste der Krone beschäftigter Clerk. Da das Statut Quia emptores terrarum 18 Ed. I als une novele constitution citirt wird, muß Britton bald nach 1290 entstanden sein. Wie es scheint, ist er später als die Fleta abgefaßt worden. Er ist das älteste englische Rechtsbuch in französischer Sprache. Die früheren Ausgaben von 1540 und 1640 sind nun überflüssig geworden durch die sorgsame Edition von Nichols' Oxford 1865 (2 vols.) mit englischer Uebersetzung, mit Verweisungen auf die Parallelstellen Bracton's, der Fleta und der Statuten und mit Glossar und Index.

g. h. Ein Tractat geringeren Umfangs ist die Summa magna et parva von Ralph von Hengham, gleichfalls aus der Zeit Eduard's I., welche Bracton's Werk in Bezug auf die Lehre von Defautes und Essonien ergänzen will. Sie ist abgedruckt als Anhang der Ausgabe Fortescues (siehe § 14) von 1737 Fol. Die Ausgaben der Fleta bringen als Anhang eine kleine altfranzösische Abhandlung mit den Anfangsworten „Fet assavoir“ processualen Inhalts.

Literatur über die Quellengeschichte dieser Periode. Mathew Hale, History of the Common Law, 2 vols 8., ein unvollendetes Werk aus des Verfassers Nachlaß herausgegeben von Runnington, 6. Auflage 1820; als Anhang ist Hale's Analysis of the civil part of the Law beigegeben. J. Reeves, History of the English Law from the time of Saxons to the end of Philipp and Mary, 4 Bände, in 3. Auflage 1814, dazu ein 5. Band unter dem Titel History of the English Law from the time of the Saxons to the End of the Reign of Elizabeth, V vol., containing the Reign of Elizabeth 1829. Es ist dies das gründlichste und ausführlichste Werk über englische Rechtsgeschichte Crabb, History of the English Law, 1829, übersetzt von Schäffner 1839, etwas oberflächlich. Phillips, Englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen, 2 Bände, 1828 (reicht nur bis 1189). Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung IV, 250 ff., 1835. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter IV, Anfang 24. Eine Uebersicht über die älteren Rechtsquellen, soweit sie für die Geschichte der Jury von Bedeutung sind, gibt Biener, Das englische Geschwornengericht, 1852, II, 283 ff. Eingehende Behandlung finden die Quellen des Common Law mit vorzüglicher Rücksicht auf Privatrecht und Gerichtswesen bei Gundermann, Englisches Privatrecht I, Einleitung (1864). Unter dem staatsrechtlichen Gesichtspunkte gruppirt die Quellen Gneist in den Noten auf Seite 56 und 147 seiner Geschichte rc. des Selfgovernment. Ueber Bracton und die daraus abgeleiteten Rechtsbücher vergl. die citirte Abhandlung Güterbocks. Brauchbare Notizen liefert die Bibliotheca legum Angliae, part II containing a general account of the Laws and Law-Writers of England from the earlist times to the Reign of Edw. III. . compiled by Edw. Brooke, London 1788. Werthvolles neueres Material zur Quellengeschichte findet man bei Cooper, An Account of the most important public records of Great Britain and the publications of the Record Commissioners, London 1832, 2 Theile. Eine summarische Uebersicht gibt Stephen, New Commentaries on the Laws of England (partly founded on Blackstone), 6. Ausgabe, 4 vols, 1868, I, in der Introduction, Section 3: Of the Laws of England, p. 41 ff.

C. Die englischen Rechtsquellen seit dem 14. Jahrhundert bis Blackstone.

§ 13. A. Statutes. Die Reihe der Statuten beginnt zu einer Zeit, da die Grundsätze des englischen Rechts über das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen noch nicht ausgebildet waren. Mit Rücksicht darauf werden die Statuten eingetheilt in die Statuta vetera und nova. Die Grenzlinie bildet der Regierungsantritt Eduard's III., 1327, indem man annimmt, daß seit dieser Zeit der moderne Begriff des Statuts im wesentlichen feststehe. Diese Annahme trifft nicht zu, da die Parlamentsverfassung in ihren Grundzügen schon unter Eduard I. feststeht, während die Parlamentsrechte in Bezug auf die Gesetzgebung erst nach Eduard III. ihre ausdrückliche Anerkennung fanden. Dagegen taucht seit Eduard III. eine Scheidung von Statutes und Ordinances auf, darauf beruhend, daß die Parlamentsbeschlüsse, die auf dauernde Geltung berechnet waren, in die amtlich redigirten Statutenrollen (Statute rolls) aufgenommen wurden. Unterblieb die Eintragung in die Statutenrolle, so sprach man von Ordinance im eig. Sinne. In sachlicher Beziehung ist der Begriff der Ordinance schwankend und streitig, indem manche sie als unvollkommenes Statut, andere als vorübergehendes Gesetz auffassen. Das Richtige trifft wohl die Annahme, daß das Verhältniß zwischen Gesetz und Verordnung von Hause aus ein concurrirendes war. Gneist, Verwaltung und Rechtsweg 62.

Seit 4 Hen. VII ist die Gesetzessprache wieder ausschließlich die englische. Zu den Statutes of the Realm, die sich ja in diesen Zeitraum hineinerstrecken, ist für die Zeit der Republik als Ergänzung anzuführen: Acts and Ordinances during the Usurpation from 1640 to 1656 by Henry Scobell, London 1658 fol. Die Verhandlungen des Staatsraths, von welchem im vorigen Paragraphen die Rede war, sind herausgegeben von Sir Harris Nicolas als Proceedings and Ordinances of the Privy Council of England commencing 10 Ric. II (1386) to 33 Hen. VIII (1641) 7 vols 8, 1834—1837. Die Register über die Beschlüsse und wichtigen Vorgänge des Parlaments, die Parliamentary Rolls sind gedruckt als Rotuli Parlamentorum ut et petitiones et placita in parliamento, 6 vols, 1832. Mit 1 Hen. VIII beginnen die officiellen Journals of the House of Lords, mit 1 Edw. VI die Journals of the House of Commons. Cf. Gneist, Selfgovernment I, 256. — Die neueren Statuten enthalten in Ergänzung der Tomlins'schen Sammlung u. a. The Statutes of the united Kingdom of Great Britain and Ireland by George Kettilby Rickards etc. 28 vols. (bis 31, 32 Victoria 1867/8).

§ 14. B. Gerichtliche Quellen und Jurisprudenz. Das 14. Jahrhundert und die erste Hälfte des 15. zehrten von dem großartigen literarischen Nachlasse des 13. Erst in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts tauchten wieder bedeutendere Rechtsbücher auf, welche die alten in Vergessenheit drängten. Um die Fortbildung des Rechts bis zu dieser Zeit zu verfolgen, sind wir fast ausschließlich auf die gerichtlichen Quellen angewiesen.

Da die Zahl der zulässigen Writs (Brevia de cursu) immer mehr anschwoll, regte sich das Bedürfniß, selbe zu sammeln. Unter Eduard III. entstand eine solche Sammlung, welche zugleich die Anwendung der Writs beleuchtet und unter dem Namen Old Natura Brevium bekannt ist. 1531 erschien eine officielle Formelsammlung, das Registrum brevium omnium tam originalium quam judicialium. Einen Auszug hieraus enthält und bearbeitet die oft aufgelegte New Natura brevium von Fitzherbert (zuerst 1534, in der neunten Auflage 1794 mit einem Commentar versehen, angeblich von Lord Hale).

Die Gerichtsprotocolle (Records), welche in diesen Zeitraum fallen, sind noch ungedruckt. Selbst die Abbreviatio schließt mit Edw. II. Der Druck der älteren Records wird namentlich im Hinblick auf das dadurch erleichterte Verständniß der Yearbooks als wünschenswerth bezeichnet. Die Sprache der Records bieb lange Zeit die lateinische, auch dann noch, als 1362 die französische Gerichtssprache durch die englische ersetzt wurde.

Die amtlichen Reports schließen unter Heinrich VIII. ab. An ihre Stelle treten von da an Privatarbeiten, indem die officiellen Berichterstatter durch freiwillige Reporters ersetzt wurden. Die hohe Bedeutung, welche man in England den Präjudizien beilegt, erhellt daraus, daß die Jurisprudenz nicht nur für selbstständige Arbeiten aus den Reports ihre Nahrung zog, sondern auch sich auf das eifrigste mit der Abfassung, Bearbeitung und Ausnutzung der Reports beschäftigte. Groß ist die Zahl der Reporters und die glänzendsten Namen der englischen Rechtswissenschaft sind unter ihnen vertreten. Von den älteren Reporters genießen Dyer und Plowden besondere Achtung. Die hervorragendste Stelle nimmt Ed. Coke ein, der zu solcher Autorität gelangte, daß man noch heute seine Werke ohne Namensangabe anführt, eine Auszeichnung, die kein englischer Jurist mit ihm theilt. Seine Reports umfassen 13 Bände, wovon die zwei letzten nach seinem Tode erschienen. Unter den Reporters nach Coke sind zu erwähnen Croke, Yeverton, Hobart, Saunders (herausgeg. mit Noten von Williams und Patteson) Vaughan und Levinz. Eine Liste der Reporters findet sich bei Clarke Bibliotheca legum, London, 1810 p. 378 und bei Kent Comm. I, 478 (Warren, Law Studies I, 305).

Unter den Rechtsbüchern dieser Zeit gehört der Mirrour aux justices (Richterspiegel) seinem Charakter nach noch in die vorige Periode. Er wurde von Andrew Horne verfaßt, welcher unter Edward II. (1307—1327) Chamberlain oder Townclerk von London war. Der ungleichartige Inhalt des Werkes hat über dasselbe zahlreiche Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen und legt den Gedanken nahe, daß der Verfasser eine ältere, uns unbekannte Rechtsquelle benutzte. Die Angaben über die geschichtliche Entstehung einzelner Rechtsinstitute tragen vielfach ein sagenhaftes Gepräge und sind daher nur mit großer Vorsicht zu benutzen. Der fünfte Abschnitt des Werkes liefert eine interessante Kritik der Mißbräuche des Common Law, insbesondere mit Beziehung auf die Magna Charta und die Statute von Merton, Marlebridge und aus der Zeit Eduard's I. Der Mirrour wurde 1642, 1646, 1649 gedruckt. Eine englische Uebersetzung stammt von William Hughes 1768 und 1840. Die ersten 4 von den 5 Abschnitten gibt Houard im 4. Bande seiner Traités.

Neuen Aufschwung nimmt nach längerer Pause die englische Rechtswissenschaft mit dem Werke von Fortescue, De laudibus legum Angliae und Littleton's Tenures.

John Fortescue war zuerst Anwalt gewesen, dann 1442 unter Heinrich VI. Chief Justice of the Kings Bench geworden. Die Betheiligung an den Streitigkeiten beider Rosen zu Gunsten des Hauses Lancaster zwang ihn, nach Frankreich zu gehen. Um das Jahr 1463 befand er sich mit der Königin und dem Prinzen Eduard in der Landschaft Berry. Hier im Exil, aus dem er erst 1471 nach England zurückkehrte, schrieb er um diese Zeit für die Erziehung des Thronfolgers sein Hauptwerk, De laudibus legum Angliae, dem er die Form eines Gespräches zwischen Kronprinz und Kanzler gab (Fortescue selbst war zuletzt Kanzler geworden, ohne die Würde anzutreten). Das Buch verfolgt in populärer Darstellung den doppelten Zweck, die Eigenthümlichkeiten und Vorzüge des englischen Rechts im Verhältniß zum römischen klarzustellen und zweitens die Lichtseiten der verfassungsmäßig beschränkten Monarchie im Gegensatz zur despotischen Regierung nachzuweisen. Nicht wenige der von ihm zuerst in principieller Fassung aufgestellten Sätze sind nachmals politische Axiome geworden. Für den Continent ist Fortescue von besonderer Bedeutung, denn er ist der divinatorische Vorläufer jener Reihe neuerer Schriftsteller, welche durch den Hinweis auf die Vorzüge des englischen Rechts die Reception englischer Institutionen auf dem Continente eingeleitet haben. Die geschätzteste Ausgabe des Werkes ist die von 1737 in Fol. Eine neue Ausgabe erschien 1825 mit Noten von Amos. Ueber Fortescue vergl. den Artikel Gundermanns in Bluntschli und Brater's Staatswörterbuch und Foss the Judges of England with sketches of their lives IV, 215, 308.

Eine epochemachende Darstellung aus dem Gebiete des Privatrechts lieferte ein Zeitgenosse Fortescue's, nämlich Thomas Littleton († 1481) in seinen Tenures, worin er, gestützt auf das in den zahlreichen Reports aufgehäufte Material, die Besitzlehre von Grund und Boden erörtert. Das Werk entstand nach Coke nach dem 14. Regierungsjahre Eduard's IV. (1461—1483) und gelangte zu solcher Autorität, daß Coke, welcher es als the most perfect and absolute work that ever was written in any human science bezeichnet, bemerken konnte, es sei ihm kein Urtheil bekannt geworden, welches sich zu einer Ansicht Littleton's in Widerspruch gestellt hätte. Die älteste Ausgabe wird von Manchen in das Jahr 1481 gesetzt; die Tenures wären demnach bald nach Einführung der Buchdruckerkunst in England gedruckt worden. Edw. Coke lieferte eine englische Uebersetzung des altfranzösischen Textes, so wie einen Commentar dazu und in dieser Gestalt beherrschten die Tenures etwa gleich einem Gesetzbuch bis auf Blackstone Praxis und Studium des englischen Rechts. Der altfranzösische Text mit englischer Uebersetzung und Noten wurde zuletzt herausgegeben von Tomlins 1841. Von der Ausgabe bei Coke wird später die Rede sein. Vergl. Foss, Judges IV, 436.

Weit verbreitet und oft gedruckt wurde eine Abhandlung von St. Jerman, welche unter Heinrich VIII. entstand, der Dialogus de fundamentis legum Angliae et de conscientia. Sie enthält ein Gespräch zwischen einem Doctor der Theologie und einem Studenten des englischen Rechts, welches auf eine philosophirende Begründung der englischen Rechtsinstitute hinausläuft. Der älteste Druck ist von 1523. Das Buch wurde in englischer Uebersetzung unter dem Namen Doctor and Student noch sehr oft aufgelegt. Die Auflage von 1787 führt den Titel: Doctor and Student: or dialogus between a Doctor of divinity and a student in the laws of England concerning the grounds of those laws; together with questions and cases concerning the equity thereof, 17th edition, corrected and improved by William Muchall.

Anthony Fitz-Herbert, der Verfasser der New Natura Brevium († 1538) hat sich außerdem durch eine Reihe von Specialarbeiten über die Gerichtsverfassung, namentlich aber durch sein Grand Abridgment, eine Bearbeitung der Year-Books, einen geachteten Namen verschafft.

Zwischen 1554 und 1556 schrieb Sir William Staunforde (oder auch „Stamford") († 1558) ein sehr geschätztes Werk über Strafrecht und Strafproceß „the pleas of the crown" welches sich dadurch auszeichnet, daß nicht blos die Reports, sondern auch die Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts fleißig benutzt sind. Staunforde war es auch, der als der Erste Glanvilla's Tractat edirte und außerdem eine Abhandlung de prerogativa regis verfaßte, die gewöhnlich den Ausgaben der Pleas of the crown beigefügt wurde. Vergl. Foss Judges V, 390.

Die gefeiertste Autorität unter den englischen Juristen wurde Eduard Coke, dessen Werke zum Theil schon zur Sprache gekommen. Er wurde 1552 geboren, wurde 1594 Attorney general, 1606 Chief justice of the Common Pleas, 1613 Chief justice of the Kings Bench, verlor aber des Königs Gunst und seine Stellung 1616, zum Theil in Folge der Anfechtungen seines Gegners Sir Francis Bacon. Seine Hauptwerke sind die oben genannten Reports und die Institutes of the laws of England. Letztere, welche 1628 zuerst erschienen und ihren Titel nur sehr uneigentlich führen, bestehen aus 4 Theilen. Der erste enthält einen Commentar zu Littleton's Tenures, der sehr oft aufgelegt und u. a. von Hargrave und Butler mit werthvollen Noten versehen wurde. Part II liefert einen eingehenden Commentar zur Magna Charta und zu den älteren Statuten, in welchem man systematische Anordnung vermißt. Der 3. Theil gibt eine Darstellung des Criminalrechts (Placita coronae). Der 4. behandelt die Gerichtsverfassung. Die Institutes citirt man, indem man der Sigle Inst. die Nummer des

Bandes vor-, die Seitenzahl nachsetzt. Was die rein commentirende Methode überhaupt erreichen kann, hat Coke in vollstem Maße geleistet. Seine Werke zeichnen sich durch Gründlichkeit und Gelehrsamkeit, aber nicht gerade durch besonderen Aufwand von Geist aus. Cf. Foss Judges VI, 108. Ausg. The institutes of the Laws of England .. autore Edw. Coke, London 1817, in 6 Bänden; part I (2 Bde) mit den Noten von Hargrave und Butler; zuletzt 1832 (19. ed.).

Von den Juristen nach Coke und vor Blackstone seien hier nur Mathew Hale, William Hawkins und John Comyns erwähnt. M. Hale († 1676), der unter Cromwell, obgleich Royalist, seiner juristischen Bedeutung wegen Richter im Court of Common Pleas wurde, verfaßte die oben erwähnte History of the common law, ferner ein criminalistisches Werk, History of the pleas of the crown (historia placitorum coronae), zuerst 1739 herausgegeben, zuletzt mit Noten von Dogherty 1800, 2 vol.) und die Analysis of the Law, eine Arbeit, welche die Grundlage von Blackstone's Commentaries wurde. William Hawkins kommt gleichfalls wegen eines Werkes über Strafrecht und Strafproceß in Betracht, des Treatise of the pleas of the crown or a system of the principal matters relating to that subject, vom Verfasser selbst 1716 herausgegeben, in 8. Auflage 1824 umgearbeitet von Curwood, mit Nachträgen von Leach. John Comyns († 1740) wird wegen seiner Reports (1744), noch mehr aber wegen des Digest of the Laws of England (1762, 5. Ausg. 1822) gerühmt, welches sich durch Gründlichkeit, Methode und Präcision auszeichnen soll.

In ein neues Stadium trat die englische Rechtsliteratur mit den Commentaries on the laws of England by Sir William Blackstone (geboren 1723, † 1780). Blackstone war zuerst Advocat, betrat aber dann die akademische Laufbahn und erhielt 1758 den Lehrstuhl für englisches Recht, welchen der Rechtsgelehrte Viner, Verfasser eines bändereichen Abridgment of Law and Equity, an der Universität Oxford dotirt hatte. Später wurde er wieder als Advocat und Parlamentsdeputirter thätig, zuletzt fungirte er als Richter im Court of Common Pleas. Seinen Lebensstellungen entsprechend vereinigte er in seinen Werken den Blick des praktischen Juristen mit der Bildung des Theoretikers. Die Commentaries, welche aus seinen akademischen Vorlesungen herauswuchsen, sind nicht etwa ein Commentar, sondern eine systematische Darstellung des englischen Rechts. In der Anlage folgte er Mathew Hale, die staatsrechtlichen Parthien lassen den Einfluß Montesquieu's nicht verkennen. Der erste Band handelt von den Rights of Persons, der zweite von den Rights of things (Obligationenrecht eingeschlossen), der dritte von Private Wrongs (Civilunrecht), der vierte von den Public Wrongs (Verbrechen, Strafen, Strafproceß). Die übrigen Rechtsmaterien, Staatsrecht, Kirchenrecht, Gerichtsverfassung werden nicht in der glücklichsten Weise in dieses Schema hineingezwängt. Die erste Auflage der Commentaries erschien 1765; Blackstone selbst hat in den späteren Auflagen daran wenig geändert. Die Klarheit und Durchsichtigkeit der Darstellung, die wissenschaftliche Gründlichkeit des Verfassers, das Fernehalten aller schwerfälligen Gelehrsamkeit und die geistige Beherrschung des umfangreichen Stoffes haben dem Werke einen Weltruf verschafft. Blackstone schrieb nicht in erster Linie für die Advocaten, sondern für das gebildete Publicum überhaupt. Ihm ist es in Folge dessen zuerst gelungen, die englische Rechtswissenschaft aus ihrer Selbstisolirung heraus und auf das Niveau der allgemeinen Bildung zu heben. Der Rechtshistoriker mag seine geschichtlichen Ausführungen vom gegenwärtigen Standpunkt der Wissenschaft aus mitunter seicht und schief finden; der in der Schule des römischen Rechts erzogene Jurist wird umsonst nach strenger Systematik suchen. Dennoch kann man dreist behaupten, daß keines der modernen Rechte eine derartig abgerundete Gesammtdarstellung aufzuweisen hat, wie sie das englische in

Blackstone besitzt. Für das Ausland ist dieser geradezu Repräsentant der englischen Jurisprudenz geworden. Hauptsächlich aus ihm schöpfte der Continent die Kenntniß des englischen Rechts. In Amerika gilt er als Depositorium des Common Law. In England fußt das Studium des Rechts noch jetzt hauptsächlich auf den Commentaries. Das Werk hat daselbst mehr als 20 Auflagen erlebt. Anfangs suchte man den eintretenden Aenderungen des Rechtszustandes durch Noten, Ergänzungen und Berichtigungen zu Blackstone gerecht zu werden. Dies geschah namentlich durch Christian, der die 12.—15. Ausgabe besorgte. Allein die tiefgreifenden Neuerungen der Gesetzgebung nach 1815 machten es nothwendig, den Text der Commentaries selbst umzuarbeiten. Die beste dieser Bearbeitungen ist die von Stephen, dessen New Commentaries on the laws of England (partly founded on Blackstone) am besten geeignet sind, einen Ueberblick über den gegenwärtigen Rechtszustand Englands zu verschaffen; 6. Ausgabe, London, 4 Bände, 1868. Der ursprüngliche Text Blackstone's wurde zuletzt 1857 von Robert Malkolm Kerr herausgegeben. Von den Auszügen aus Blackstone ist zu erwähnen der von Foß unter dem Namen John Gifford 1820 herausgegebene, welchen Colditz in's Deutsche übersetzte (Schleswig 1822) und ein neuerer Blackstone adbridged and adapted to the existing law by Samuel Warren, 2. ed. 1856. Vergl. über Blackstone den Artikel von Marquardsen, Bluntschli-Brater, Staatswörterbuch, II, 157.

Die Zeit der unbestrittenen Vorherrschaft des Common Law scheint auch in England jetzt vorüber zu sein. Der seit dem 16. Jahrhundert aufkeimende Codificationsgedanke hat in der jüngsten Vergangenheit greifbare Gestalt angenommen, indem man sich veranlaßt sah, für einzelne Materien, namentlich des Straf- und Proceßrechts, die Statuten zu consolidiren und zugleich im Wege der Gesetzgebung umfassende Reformen durchzuführen. Die Bedeutung der Statuten als Rechtsquelle ist dadurch im Verhältniß zum Common Law erheblich gestiegen.

Die gegebene Uebersicht über die englischen Rechtsquellen ist zu ergänzen durch den Hinweis auf die Geltung von Localrechten, Particular Customes, deren Beweis in der Regel nach Art der französischen Enquête par turbe durch den Ausspruch von 12 Geschworenen hergestellt wird. Für bestimmte Gerichtshöfe besteht die Besonderheit, daß in ihnen römisches und kanonisches Recht zur Anwendung kommt, während doch das gemeine Recht Englands die Reception der fremden Rechte abgelehnt hat. Diese Gerichtshöfe sind der Court of Chivalry (Militärgerichtshof), der Admiral Court (Admiralshof, über Rechtsfälle, die auf hoher See vorkommen), die Universitätsgerichte und die Curiae Christianitatis, die geistlichen Gerichte. Mit der Ausdehnung des englischen Staatsgebietes ist das englische Recht auch auf die annexirten Nebenlande, insbesondere auf Wales, Schottland und Irland ausgedehnt worden. Doch hat in jedem dieser Länder das Common Law seine selbstständige Fortbildung erhalten. Das Quellenmaterial ist für jedes einzelne Land fast so umfassend, wie das für Altengland selbst. Wegen Raummangels muß uns hier ein Hinweis auf Stephen-Blackstone, New Commentaries I, 87 ff. und auf Gundermann, Englisches Privatrecht 109 eines näheren Eingehens auf die Rechtsquellen außerhalb Altenglands entheben.

Literatur. Von Reeves History of the English Law behandeln ein Theil des 2. Bandes, Band 3—5 die diesem Abschnitt zufallende Periode bis Elisabeth inclusive. Crabb wird für die Zeit, wo Reeves endigt, sehr summarisch. Ueber die juristischen Schriftsteller, die zugleich Richter waren, findet man eingehende Notizen bei Edw. Foss, The Judges of England with sketches of their lives, 9 Bände bis 1864. Vergl. noch Samuel Warren, Popular and practical Introduction to Law Studies, 3. edition, 1863. Cataloge: Bibliotheca legum Angliae by J. Worrall and Edward Brooke, 1788, 2 vols, umgearbeitet und vermehrt als Clarke's Bibliotheca legum, London 1810. Bridgman, Thesaurus juridicus 1798, 1800, 1806 2 vols und short view of legal bibliography 1807.

5.

Die neueren Privatrechts-Codificationen

von

Privatdocent Dr. J. Fr. Behrend
in Berlin.

Mit dem erst in neuerer Zeit üblich gewordenen Ausdruck Codification[1]) bezeichnet man eine gesetzgeberische Thätigkeit, welche die Feststellung oder Revision eines Rechtszustandes in seiner Gesammtheit zum Gegenstand hat. Zum Begriff derselben gehört demnach, daß sie ihren Stoff als Ganzes in abgerundeter und abschließender Weise behandelt. Die Ergebnisse einer solchen Thätigkeit nennt man ebenfalls Codificationen oder mit deutschem Ausdruck: Gesetzbücher, Ordnungen und, wenn sie sich speciell auf das Privatrecht beziehen, Landrechte. Den Gegensatz hierzu bilden die Einzelgesetze und die Novellen insbesondere, welche letztere sich an eine bereits vorhandene Gesetzgebung anlehnen und dieselbe in einzelnen Punkten abändern oder ergänzen.

Geltung, Gegenstand, Inhalt und Umfang der Codificationen kann sehr verschieden sein. In örtlicher Hinsicht ist der Bereich derselben bald weiter, bald enger, es gibt Codificationen der Provinzialrechte, des Rechts ganzer Staaten, des gemeinsamen deutschen Rechts. Die Codificationen für größere Gebiete haben häufig eine blos subsidiäre Anwendbarkeit, so daß die besonderen, für einzelne Theile dieses Gebietes geltenden Rechtssätze durch sie nicht berührt werden. Dies ist namentlich häufig der Fall bei den Gesetzbüchern, welche das Privatrecht zum Gegenstand haben, während es nach der Natur des Stoffes bei strafrechtlichen und den Proceß betreffenden Codificationen nur selten vorkommt.

Sachlich stellen sich die Codificationen bald mehr, bald minder umfassende Aufgaben; in der Regel behandeln sie ein größeres Rechtsgebiet, welches auch systematisch als eigene Disciplin hervortritt, wie das Privatrecht, das Strafrecht, den Civil- oder Criminalproceß. Indeß sind sie auch möglich für einen kleineren Theil des Rechtsstoffes, sofern sich derselbe nur als ein selbstständig abgegrenztes Ganzes auffassen und gesetzgeberisch behandeln läßt. So sind neben dem Privatrecht im ganzen nicht nur Specialrechte, wie das Handels-, Wechsel- und Bergrecht, sondern auch einzelne Theile des allgemeinen Rechts codificirt worden; neben Strafgesetzbüchern, welche das ganze Strafrecht umfassen, existiren besondere Gesetzbücher für das Polizeistrafrecht, neben den Proceßordnungen specielle Ordnungen des Concurs- und Subhastationsverfahrens u. dgl.

Auch der Grad der Intensität, mit welchem die Gesetzbücher in den Stoff einzudringen versuchen, ist verschieden. Kein Gesetzbuch kann seinen Stoff in der Weise regeln, daß es für alle Streitfälle eine bereite, unmittelbar anwendbare Norm darbietet. Es gehört mit zu den Hauptaufgaben eines weisen Gesetzgebers, hierin das Richtige zu treffen und der Wissenschaft und Praxis, sowie den im Volke vorhandenen rechtsbildenden Kräften einen gewissen Spielraum zu lassen. Auch in dieser Hinsicht sind die mannichfachsten Abstufungen möglich und in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung in der That verwirklicht.

---

[1]) Der Ausdruck soll zuerst von Bentham gebraucht worden sein. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II, S. 429, Note 39.

Endlich waltet in Bezug auf das Verhältniß der Codificationen zu dem bisherigen Recht insofern eine Verschiedenheit ob, als sich dieselben mehr oder weniger an das geltende Recht anschließen. Es liegt in der Natur der Sache, daß keine Gesetzgebung sich völlig unabhängig von der bereits vorhandenen Rechtsentwickelung erhalten kann, aber andererseits ist auch kein Beispiel vorhanden, daß ein Gesetzbuch den bisherigen Rechtszustand materiell unverändert und ganz ohne Neuerung belassen hätte.

Hiernach verbleibt als charakteristisch für das Wesen der Codificationen allein das Merkmal, daß sie mit der bisherigen Rechtsentwickelung in Bezug auf irgend einen Theil des Rechts abschließen und der künftigen eine neue, formell selbstständige, schriftlich fixirte Grundlage geben. Entscheidend ist in dieser Hinsicht vorzugsweise die Intention, welche bei der Abfassung des Werkes zu Grunde liegt.

Wir beschränken uns im Folgenden auf die privatrechtlichen Codificationen und zwar vorzugsweise auf diejenigen, welche das Privatrecht im ganzen behandeln. Die Codificationen der Specialrechte, sowie einzelner Theile des Privatrechts werden zweckmäßiger in Verbindung mit den betreffenden Materien selbst erörtert. Es soll aber hier zunächst eine geschichtliche Entwickelung der in Deutschland geltenden Gesetzbücher gegeben und im Anschluß daran eine Beantwortung der Frage versucht werden: ob und inwiefern eine Codification des Privatrechts und namentlich eine einheitliche Codification desselben für ganz Deutschland wünschenswerth sei?

Das Streben nach einer codificatorischen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts läßt sich in Deutschland bis in das sechzehnte Jahrhundert zurückverfolgen,[1] es beginnt ziemlich unmittelbar nach der Reception der fremden Rechte. Im Mittelalter lag ein solches Streben sowohl den Inhabern der öffentlichen Gewalt wie den Volksanschauungen durchaus fern. Den gesetzlichen Kundgebungen, denen wir hier begegnen, ist die Absicht, erschöpfende Normen zu geben, fremd; die Rechtsbücher enthielten zwar zum Theil ziemlich umfassende Darstellungen des bestehenden Rechts, allein sie waren nur Privatarbeiten und erhoben schon deswegen keinen Anspruch darauf, das Recht irgendwie fixiren zu wollen. Die Veranlassungen, durch welche jenes Verlangen herbeigeführt wurde, lagen grade in den durch die Aufnahme des römischen und kanonischen Rechts bedingten Zuständen. Einerseits führte hierzu der traurige Zustand der damaligen Jurisprudenz, welche außer Stande, die Quellen zu beherrschen, die Rechtsprechung mit einem kaum zu bewältigenden Apparat und mit einer Unzahl von Controversen überhäufte, andererseits trieb eben dahin der Widerwille, der sich bei einem großen Theil des Volkes gegen das ausländische Recht von altersher erhalten hatte. Aus jenem Gesichtspunkt verlangte man eine neue übersichtliche Redaction der im Corpus juris civilis und canonici enthaltenen Bestimmungen, sowie eine Zusammenstellung der von neueren Schriftstellern überlieferten Meinungen und Rechtssätze, eine Forderung, die sich schon sehr früh findet,[2] und später namentlich von Leibnitz[3] ausgesprochen und näher begründet worden ist. Die Abneigung gegen das fremde Recht im allgemeinen fand einen Ausdruck in der bereits gegen

[1]) Zur Geschichte der codificatorischen Bestrebungen bis zum Beginn des achtzehnten Jahrhunderts vgl. Conring De origine juris Germ. c. 34 sgg. und die Dissertation von Thomasius: Emendationem administrationis justitiae neque facilem neque impossibilem, valde tamen difficilem esse et caute suscipiendam.

[2]) So schon bei Mynsinger in der Vorrede zu dem Singularium observationum Iud. Imper. Cam. centuriae IV. Basil. 1563.

[3]) Vor allem in den Schriften: De naevis et emendatione jurisprud. Rom. und in der Ratio corporis juris reconcinnandi.

Ende des sechzehnten Jahrhunderts sehr volksthümlichen Anschauung,[1]) daß der Richter überhaupt nicht an geschriebene Gesetze gebunden sein dürfte, sondern allein der Billigkeit folgen sollte. Der mehr positive Wunsch nach einem einheimischen, in deutscher Sprache geschriebenen, in Form und Inhalt populären Gesetzbuche äußerte sich, wie es scheint, nicht vor dem siebzehnten Jahrhundert, er fand seine Stütze vornehmlich an Thomasius und den Naturrechtsphilosophen der Wolfischen Schule und wurde alsbald das Thema einer umfangreichen publicistischen Literatur, in welcher das Für und Wider, die Möglichkeit und Nützlichkeit eines solchen Unternehmens auf das weitläufigste erörtert wurde.

Bei der völligen Ohnmacht des Reiches war an eine gemeinsame Gesetzgebung für ganz Deutschland nicht zu denken. Aber auch in den neu aufblühenden Landesherrschaften kamen zunächst keine Gesetzbücher in dem oben angedeuteten Sinne zu Stande. Die Landrechte, welche seit dem fünfzehnten bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts in den verschiedensten deutschen Territorien entstanden sind, wollen sich nicht von dem Boden des gemeinen Rechts lossagen, sondern es handelt sich meist nur um eine Feststellung des statutarischen Rechts, wie man die Abweichungen von dem gemeinen Recht nannte, welche zum Theil in politischen Motiven, zum Theil in der Entwickelung deutsch-rechtlicher Institute ihren Grund hatten. Auf einer weiteren Entwickelungsstufe stehen diejenigen Gesetzgebungen, welche nicht nur dies statutarische Recht, sondern auch den durch das gemeine Recht dargebotenen Rechtsstoff in sich aufgenommen haben, jedoch daneben die Subsidiarität dieses letzteren noch immer anerkennen. Ein Beispiel dieser Art ist die Gesetzgebung für die jetzige Provinz Preußen, welche in dem von Samuel von Cocceji herrührenden, 1721 unter dem Titel: „Friedrich Wilhelm's Königes in Preußen verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen" erschienenen Gesetzbuch ihren Abschluß fand. Dies ist ein umfassendes Werk in sechs Büchern, welches sich auf das Privatrecht, den Civilproceß, das Strafrecht und den Strafproceß erstreckt und in Bezug auf das erstere das gemeine in Verbindung mit dem sächsischen Recht darstellen will. In dem Publicationspatent wird ausdrücklich auf eine Ergänzung der Lücken aus dem Kaiserrecht verwiesen, „wenn in demselben die Fragen nicht ausdrücklich decidiret sind", so daß also die Grundlage des gemeinen Rechts nicht nur materiell, sondern auch formell festgehalten wird.

Aehnlich verhält es sich mit der noch gegenwärtig in Kraft befindlichen altbaierischen Gesetzgebung.[2]) In Baiern entstand um die Mitte des vorigen Jahrhunderts unter der Regierung des Kurfürsten Maximilian III. der Plan, das in den Kurlanden geltende materielle und formelle Recht in einer klaren und übersichtlichen Redaction zusammenzufassen, um dadurch der Rechtsunsicherheit möglichst vorzubeugen. Verwirklicht wurde dieser Plan in drei Gesetzbüchern, welche sämmtlich von dem Vicekanzler von Kreitmayr herrührten und das Strafrecht, den Civilproceß und das Privatrecht behandeln. Das letztere ist im Jahr 1756 promulgirt und führt den Titel: Codex Maximilianeus Bavaricus civilis oder neu verbessert und ergänzt Churbayrisches Landrecht. Nach dem Promulgationspatent ist in demselben „eben nicht viel Neues enthalten, sondern nur das ältere sowohl gemeine wie statutarische Recht in solche Gestalt und Enge gebracht, daß es Jeder, welcher entweder von Amts- oder eignen Angelegenheiten wegen zu wissen bedarf, desto

[1]) Die Juristen jener Zeit klagen öfter darüber, daß diese Anschauung immer mehr Verbreitung finde. So heißt es in dem 1551 erschienenen Instructorium judicum des Nicolaus Bigelius: Die oratores rathen dem Volke non sine applausu, judicem non esse adstrictum ad jus scriptum Romanum sed eum potissimum aequitatem sequi debere. Der zweiten Ausgabe ist ein Dialogus inter oratorem et JCtum beigefügt, der sich die Aufgabe stellt, die entgegenstehenden Ansichten zur Anschauung zu bringen und die des Orators zu bekämpfen.

[2]) Stobbe, a. a. O., S. 443. Dollmann, Kritische Ueberschau, Bd. IV, S. 366 ff.

leichter begreifen, behalten und befolgen könne". Die Subsidiarität des gemeinen Rechts wird in dem Promulgationspatent ebenfalls anerkannt.

Diese beiden Gesetzbücher, denen noch einzelne andere Beispiele hinzugefügt werden können, führten demnach keinen Bruch mit der bisherigen Rechtsentwickelung herbei, sondern stellten sich vielmehr auch formell auf den Boden derselben. Es sollte nur dem bereits geltenden Recht ein einfacherer, dem allgemeinen Verständniß näher gerückter Ausdruck verliehen werden. Selbst für die in das Gesetzbuch aufgenommenen Sätze war man nicht gesonnen, den Buchstaben des Gesetzes in der Weise für bindend zu erachten, daß dadurch die Anwendung der gemein-rechtlichen Wissenschaft ausgeschlossen worden wäre. Jene Gesetzgebungen haben daher mehr den Charakter von Lehrbüchern, als den eigentlicher Gesetzbücher. Am bezeichnendsten tritt dieser Standpunkt in dem baierischen Landrecht hervor, dessen Verfasser demselben zugleich die Eigenschaft eines Compendiums zu geben wünschte, welches als solches eine über Baiern hinausgehende Brauchbarkeit genießen sollte. Dem entspricht Anordnung und Inhalt des Gesetzbuches, erstere beruht auf der in den Lehrbüchern der damaligen Zeit herkömmlichen, den Institutionen entlehnten Eintheilung nach den tria objecta juris (Personen, Sachen, Handlungen). Auch stimmt mit diesem Standpunkt ganz überein, daß Kreitmayr den Codex Maximilianeus selbst mit höchst ausführlichen, fünf Foliobände umfassenden Anmerkungen ausgestattet hat, in welchen das von ihm zu Rathe gezogene Material niedergelegt ist und die nach seiner Idee weitere Commentarien entbehrlich machen, zu dem Gesetzbuch aber sich etwa wie die Digesten zu den Institutionen verhalten sollten.

Von viel durchgreifenderen Gesichtspunkten ging die Codification aus, welche in der preußischen Monarchie unternommen wurde. Sie bildet einen Wendepunkt in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung. Hier zum ersten Mal wurde ein Gesetzbuch geschaffen, welches formell ganz selbstständig war. Hier kamen also auch die oben erwähnten Anforderungen der Naturrechtslehrer am ersten und vollständigsten zur Geltung. Nach dem politischen Entwickelungsgange, den der preußische Staat genommen hatte, war derselbe vorzugsweise berufen, einen solchen Schritt zu thun; die Codification, welche hier zu Stande kam, erscheint gewissermaßen als eine logische Nothwendigkeit, die sich aus dem Wesen des Staates und aus der Lage der politischen Verhältnisse von selbst ergab. Das Naturrecht, welches das Recht allein aus der Vernunft und der Billigkeit aufbauen und der gegebenen Grundlagen völlig entbehren zu können vermeinte, war ein sehr harmonischer Ausdruck für eine Monarchie, die sich ebenfalls von allen Traditionen losgesagt hatte und sich allein auf ihre eigenen Kräfte verließ; dem Bruch in der Verfassung Deutschlands, der durch die Thaten und Schöpfungen Friedrichs des Großen bewirkt worden war, entsprach durchaus der Standpunkt, der bei der Abfassung des preußischen Gesetzbuches eingehalten wurde und der eine Losreißung des preußischen von dem gemeinen Recht herbeiführte. Nur mußte man freilich die Erfahrung machen, daß auf dem Gebiete des Privatrechts eine völlige Unabhängigkeit von der bisherigen Entwickelung am wenigsten durchführbar ist. Trotz vereinzelter radicaler Anwandelungen mußte sich daher schließlich auch die preußische Gesetzgebung dazu bequemen, dem Inhalt nach zum größten Theil an das bereits bestehende Recht anzuknüpfen.

Die Anfänge der codificatorischen Bestrebungen in Preußen [1]) weisen einerseits auf Entwürfe zurück, die im sechzehnten Jahrhundert für die Mark Brandenburg angefertigt

---

[1]) Vgl. über die Geschichte der preußischen Codification Heydemann, Einleitung in das System des preußischen Civilrechts, I, S. 5 ff. Förster, Preußisches Privatrecht, I, S. 1 ff., und die das. Angeff.

wurden, andererseits auf die bereits erwähnte Gesetzgebung für das Herzogthum Preußen. In weiterem Umfange und mit Beziehung auf das materielle Recht wie für den Proceß wurde der Plan einer Codification für die ganze Monarchie von Friedrich Wilhelm I. in Angriff genommen, der im Jahr 1738 dem damaligen Staatsminister Samuel von Cocceji den Auftrag gab, „ein beständiges und ewiges Landrecht" zu Stande zu bringen, außerdem aber die Provinzial- und Statutarrechte in einer besonderen Constitution unter bestimmten Rubriken zu sammeln. Zu Ergebnissen führten diese Bestrebungen indeß erst unter der Regierung Friedrichs des Großen. Zunächst war es wiederum der inzwischen zum Großkanzler ernannte Samuel von Cocceji, dem die Ausführung übertragen wurde. Seine vom König gebilligte Absicht ging auf die Abfassung eines „Teutschen Landrechts, welches sich blos auf die natürliche Vernunft und die Landesverfassung gründen und alle anderen Gesetze und Edicte" beseitigen sollte. Es waltete also hier bereits der den Charakter der neueren Codification bezeichnende Gedanke vor, daß das Gesetzbuch die allgemeinste Grundlage des Rechts werden und neben ihm höchstens Specialbestimmungen bestehen sollten. Cocceji steht ferner, wie aus den angeführten Worten hervorgeht, durchaus auf dem Standpunkt des Naturrechts. Er ging von der seiner Zeit sehr verbreiteten Ansicht aus, daß das römische Recht größtentheils mit dem natürlichen Recht übereinstimme und daß es nur nöthig sei, diese Uebereinstimmung durch eine vernünftige Anordnung zu constatiren. Ganz der schon von Leibnitz angebahnten naturrechtlichen Methode entspricht es, daß er bei den einzelnen Materien die sie betreffenden Generalprincipien voranschickt, aus welchen sich die weiteren Schlußfolgerungen im einzelnen mit Nothwendigkeit ergeben sollen. Entschieden feindlich verhält sich Cocceji gegen die Ueberlieferungen des deutschen Rechts, welches er ein „durch die Freiheit einiger Privat Doctorum aufgebrachtes imaginaires Teutsches Recht" nennt und daraus ergibt sich denn eine höchst dürftige Auffassung, namentlich der familienrechtlichen Verhältnisse, die bekanntlich vorzugsweise im deutschen Recht wurzeln. Das von ihm auf diesen Grundlagen verfaßte Project des Corporis juris Fridericiani ist demnach mehr ein jus naturae privatum, welches die auch sonst literarisch niedergelegten Ideen seines Verfassers wiedergibt, als eine Gestaltung des positiven Rechts. Das System gruppirt sich ähnlich wie in dem baierischen Codex um die drei Objecta juris, veröffentlicht sind die beiden ersten Theile des Werkes, das Personenrecht und die dinglichen Rechte enthaltend (1749 und 1751), doch sind auch diese größtentheils Project geblieben, Gesetzeskraft hat nur das Ehe- und Vormundschaftsrecht in einzelnen Provinzen erlangt.

Während der schlesischen Kriege ruhten die gesetzgeberischen Arbeiten und auch in der nächsten Zeit nach Beendigung derselben war der König noch durch andere dringlichere Sorgen in Anspruch genommen. Erst gegen Ende seiner Regierung tauchten wieder neue Vorschläge auf, die sich zunächst auf den Proceß, dann aber auch auf das materielle Recht bezogen. Auf Grund eines Berichts des Großkanzlers von Carmer wurden in zwei Cabinetsordres vom 6. und 14. April 1780 die Grundsätze aufgestellt, die bei der beabsichtigten Reform maßgebend sein sollten. Diese beiden Cabinetsordres haben der nun folgenden Gesetzgebung die Direction gegeben, namentlich die letztere enthält eine ausführliche Darlegung der ins Auge zu fassenden Gesichtspunkte. Wiederum ging unter Friedrich Wilhelm I. der Plan auf eine Codification sowohl der Provinzialrechte wie auf die Abfassung eines subsidiären allgemeinen Gesetzbuches. Bei der Abfassung des letzteren sollte auf das römische Recht zurückgegangen, jedoch alles Unwesentliche, sowie alles „nicht mit dem Naturgesetz und der heutigen Verfassung" Uebereinstimmende fortgelassen, dunkle und controverse Sätze durch klare und unzweideutige ersetzt werden. Nach Maßgabe der in diesen Cabinetsordres enthaltenen Anweisungen wurde demnächst unter dem Vorsitz

des Großkanzlers eine Commission von sieben Mitgliedern eingesetzt, von denen der damalige Geheime Justizrath Suarez bei weitem der Bedeutendste war und alsbald die Seele des Ganzen wurde. Man begann mit der Anfertigung von Auszügen aus dem römischen Recht, den Landesgesetzen und praktischen Decisionen, auf dieser Grundlage wurde der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten ausgearbeitet und in den Jahren 1784 bis 1788 in sechs Abtheilungen veröffentlicht. Gleichzeitig wurden Aufforderungen zur Begutachtung an das Publicum, die Behörden und einzelne sachverständige Gelehrte gerichtet, ja sogar Preise für die besten Beurtheilungen ausgesetzt. In Folge dessen ging eine sehr große Zahl von Beurtheilungen ein, welche sämmtlich in der Revisio monitorum von Suarez auf das eingehendste gewürdigt wurden. Die hierdurch veranlaßte Umarbeitung des Entwurfes wurde zum größten Theil ebenfalls von Suarez veranstaltet und nachdem sodann noch einzelne Punkte durch besondere Cabinetsordres entschieden worden waren, wurde das Resultat durch Patent vom 20. März 1791 mit der Bestimmung publicirt, daß dasselbe mit dem 1. Juni 1792 in Kraft treten sollte. Durch eine auf Betrieb des schlesischen Justizministers Grafen Dankelmann erlassene Ordre vom 18. April 1792 wurde jedoch dieser Termin nochmals auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben, weil man, freilich sehr ohne Grund, in gewissen Sätzen staatsrechtlichen Inhalts eine Connivenz gegen revolutionäre Bestrebungen zu erblicken glaubte. Zunächst schien es beinahe, als wenn das Werk überhaupt nicht ins Leben treten würde, doch wurde bereits im folgenden Jahr dem Großkanzler eine Umarbeitung aufgetragen; zufolge dieses Auftrages fand dann die s. g. Schlußrevision statt, bei welcher wiederum Suarez als Referent und Haupttheilnehmer fungirte. Dieselbe führte indeß, abgesehen von der Entfernung einzelner abstracter und deswegen ziemlich unfruchtbarer auf das öffentliche Recht und die Verfassung bezüglicher Bestimmungen im ganzen wenig Neuerungen herbei. Das Ergebniß dieser letzten Revision wurde endlich durch die Cabinetsordre vom 5. Februar 1794 unter dem veränderten Titel: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten publicirt und hat mit dem 1. Juni 1794 für den damaligen Umfang der preußischen Monarchie Geltung erlangt.

Das preußische Landrecht hat sehr verschiedene Beurtheilungen erfahren; eine unbefangene Würdigung wird unseres Erachtens zugeben müssen, daß dasselbe, trotz mannichfacher und zum Theil sehr erheblicher Mängel, dennoch einen großen Fortschritt nicht nur für Preußen, sondern auch in der gemeinsamen deutschen Rechtsentwickelung zu Wege gebracht hat.

Die Mängel beruhen großentheils in der übertriebenen Vorstellung, welche nicht nur die Redactoren des Landrechts, sondern das vorige Jahrhundert im allgemeinen von der Macht des Gesetzgebers hatte. Das Gesetz galt als die alleinige oder doch hauptsächlichste Quelle des Rechts; allen Unvollkommenheiten des Rechtszustandes, glaubte man, könne und solle ein gutes Gesetzbuch abhelfen; Dunkelheiten und Zweideutigkeiten sollten nach dieser Ansicht bei einem solchen entweder gar nicht vorkommen oder wenn sie sich fänden, durch besondere gesetzliche Vorschriften erledigt werden. Daraus ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß das Landrecht allen übrigen rechtsbildenden Kräften gegenüber einen sehr engherzigen Standpunkt einnehmen mußte. So wird die Volksüberzeugung nur in höchst beschränktem Umfange als Rechtsquelle anerkannt, das Gewohnheitsrecht ist allein anwendbar in Gestalt von Observanzen, die etwas bestimmen, was die Gesetze unbestimmt gelassen haben, auch innerhalb dieser Grenzen aber nur „bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung", so daß also auch hier ein Einschreiten der Gesetzgebung sofort in Aussicht genommen wird. Ebenso hegten die Redactoren eine Abneigung gegen jede freiere wissenschaftliche Behandlung des Rechtsstoffes. Sie betrachteten die Jurisprudenz sowohl in

ihrer theoretischen wie in ihrer praktischen Richtung als eine ziemlich überflüssige Kunst und verkehrten deshalb den richtigen Grundsatz, daß die richterliche Prüfung unabhängig der eignen Ueberzeugung zu folgen habe und weder an die s. g. communis opinio noch an Präjudizien unbedingt gebunden sein dürfe, zu dem unrichtigen Extrem, daß auf Meinungen der Rechtslehrer und ältere Aussprüche der Richter keine Rücksicht genommen werden solle. Ja man traute den Gerichten die Entscheidung eigentlich zweifelhafter Fragen gar nicht zu, sondern wies sie an, in solchen Fällen bei der in Berlin errichteten Gesetzescommission anzufragen. Consequenterweise mußte man bei Abfassung des Gesetzbuches Sorge tragen, die möglicherweise vorkommenden Streitfälle, soweit thunlich, von vornherein zu entscheiden; die Folge hiervon war die Aufnahme zahlreicher casuistischer Sätze, welche eines allgemeinen Principes entbehren und eben deshalb statt deutlich zu sein, erst recht zu Zweifeln Veranlassung geben, nur daß diese Zweifel wissenschaftlich unfruchtbar sind und lediglich für dürre Wortstreitigkeiten Raum bieten.

Diesem Standpunkt entspricht auch der materielle Inhalt des Gesetzbuches. So löblich es ist, daß die Rücksicht auf die Billigkeit und Treu und Glauben überall in den Vordergrund gestellt wird, so mußte dieselbe doch, da der Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht seine eigene Vernunft als obersten Regulator anerkannte, häufig zu einer aequitas cerebrina führen, die weniger dazu dient, Härten zu vermeiden, als die juristische Consequenz abzuschwächen. Hand in Hand mit der Bevormundung des Richters geht ferner eine gleiche Tendenz in Betreff der Staatsangehörigen, auf welche das Gesetz Anwendung finden sollte. In der Absicht, Uebervortheilungen unmöglich zu machen, werden Cautelen aufgestellt, die den Verkehr erschweren und wie z. B. die für den Abschluß der Verträge vorgeschriebenen Formen, vielfach das Gegentheil von dem bewirken, was dabei bezweckt war.

Zu dem allem kommt, daß zur Zeit der Abfassung des allgemeinen Landrechts die Grundlagen des gemeinen Rechts, das römische und deutsche Recht, noch in einer wenig genügenden Weise erforscht waren und daß auch hierdurch viele Mißverständnisse veranlaßt wurden. Endlich ist auch das System des Landrechts fehlerhaft und wie jede unrichtige Systematik zugleich die Quelle irrthümlicher Auffassungen. Dies System beruht auf dem Princip der subjectiven Rechte, d. h. auf den Beziehungen, welche sich aus den einzelnen Rechten für das berechtigte Subject ergeben. Hiernach zerfällt das Gesetzbuch in zwei Theile, von denen der erste die einzelne Person als Subject von Vermögensrechten, der zweite dagegen die Stellung derselben in dem Kreise der Familie und der Hausgenossenschaft, sowie in dem weiteren Zusammenhang gesellschaftlicher Verbände und der Ständegliederung zum Gegenstande hat, demnächst aber zum Staatsorganismus selbst aufsteigt. Daß die Redactoren sich entschlossen haben, die alte unpassende Schuleintheilung nach den drei Rechtsobjecten aufzugeben, ist nur zu billigen, allein der von ihnen statt dessen eingeschlagene Weg war ebenfalls nicht der richtige. Ein System, welches dem Stoffe gerecht werden will, wird immer von dem Wesen der verschiedenen Rechte ausgehen und daher diese selbst gegenständlich auffassen müssen. Indem die Redactoren diesen Gesichtspunkt außer Acht ließen, gelangten sie zu einer Verflüchtigung des Rechtsstoffes, die für eine klare Erkenntniß und Darstellung desselben keineswegs förderlich war. So wird z. B. das Eigenthum ganz abstract als Vermögensmacht überhaupt definirt, in Folge dessen gelangen die Obligationen lediglich als Titel zum Erwerbe des Eigenthums zur Geltung, während das Erbrecht gänzlich zerrissen und theils im ersten, theils in Verbindung mit dem Familienrecht im zweiten Theil abgehandelt wird.

Alle diese Mängel bewirken, daß das Landrecht der wissenschaftlichen Behandlung eine nicht geringe Sprödigkeit entgegensetzt und es hat lange genug gedauert, bis diese überwunden wurde und bis eine preußische Rechtswissenschaft entstand, welche diesen Namen

in der That verdiente. Andererseits stehen aber den Mängeln Vorzüge gegenüber, die denselben nicht nur die Wage halten, sondern bei Beurtheilung des Werkes im ganzen den Ausschlag geben müssen. Das preußische Gesetzbuch hat, wenn auch in unvollkommener Weise, doch zuerst den Beweis geliefert, daß eine organische Verschmelzung der beiden Bestandtheile, aus denen unser positives Recht hervorgegangen ist, nicht zu den Unmöglichkeiten gehört, und daß es möglich ist, dem deutschen Volke ein einheimisches vaterländisches Gesetzbuch zu bieten. Hier zum ersten Male wurde die Fähigkeit der deutschen Sprache dargethan, dem Recht einen gesetzlichen Ausdruck zu geben, man braucht nur einen flüchtigen Vergleich mit dem Codex Maximilianeus und Fridericianus anzustellen, um zu ersehen, auf einer wie viel höheren Stufe das Landrecht in dieser Hinsicht steht. Während namentlich der Codex Maximilianeus noch ein fast barbarisches Gemisch von deutschen und lateinischen Ausdrücken enthält, ist das preußische Landrecht von fremder Beimischung beinahe ganz frei und die Kunstausdrücke sind in einer zum größten Theil durchaus angemessenen Weise übertragen. Das Beispiel, welches durch das Landrecht gegeben wurde, hat denn auch zur Nacheiferung angeregt und man darf mit vollem Recht das preußische Gesetzbuch als den Vorläufer einer gemeinsamen deutschen Gesetzgebung ansehen. Wenn man deshalb auch die Spaltung, welche durch die Codification Friedrichs des Großen zuerst in der deutschen Rechtsentwickelung herbeigeführt worden ist, beklagen mag: von einem höheren Gesichtspunkt aus erscheint sie als ein nothwendiges Durchgangsstadium für die Rechtseinheit des gesammten deutschen Volkes.

Das preußische Landrecht ist zwar vorzugsweise privatrechtlichen Inhalts, beschränkt sich aber nicht ausschließlich auf das Privatrecht, sondern umfaßt seiner Anlage entsprechend im zweiten Theil auch viele Parthien des öffentlichen Rechts. Der letzte Titel dieses Theils enthält das inzwischen durch das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 beseitigte Criminalrecht. Das Privatrecht wird im weitesten Umfang behandelt, so daß nicht blos das jus generale, sondern auch Specialrechte, wie Lehnrecht, Handelsrecht, Bergrecht eine Stelle finden.

Wie erwähnt, enthält das Gesetzbuch nur subsidiäres Recht, es ist innerhalb seines Geltungsbereiches an die Stelle der bisherigen gemeinen Rechte getreten. Anfänglich war beabsichtigt, zugleich mit dem Landrecht Codificationen der Provinzialrechte zu veröffentlichen, später wurde die Frist hierzu noch um zwei Jahre erstreckt, indeß ist der Plan auch innerhalb dieses Zeitraums nicht zur Ausführung gelangt und es sind in der Folge überhaupt nur zwei Provinzialgesetzbücher publicirt worden, das ostpreußische im J. 1801 und das westpreußische im J. 1844. In Betreff aller übrigen verblieb es bei Entwürfen, bis man die Absicht gänzlich aufgab. Hinsichtlich dieser Provinzialrechte ist es daher lediglich bei dem bisherigen theils ungeschriebenen, theils in besonderen Gesetzen niedergelegten Recht belassen worden.

Seit dem Jahr 1817 wurde eine Revision des preußischen Landrechts ins Werk gesetzt. Von 1843 bis 1848 stand Savigny an der Spitze des eigens zu diesem Zwecke gegründeten Ministeriums; das ganze Unternehmen hat indeß ebenfalls nur zu einem Entwurf geführt, der nicht ins Leben getreten ist.

Aus ganz ähnlichen Bedürfnissen und Anregungen wie das preußische Landrecht ist das österreichische Gesetzbuch hervorgegangen.[1]) Im Jahre 1753 setzte Maria Theresia eine Commission ein, um allen ihren Erbländern „ein sicheres gleiches Recht und eine gleichförmige Verfahrungsart" zu geben. Die Commission sollte sich auf das Privat-

[1]) Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechts, 2. Aufl., I, S. 5 ff.; v. Kirchstetter, Commentar zum österreichischen allgem. bürgerlichen Gesetzbuch, S. 1 ff.

recht beschränken, soviel möglich das bereits übliche Recht beibehalten und die verschiedenen Provinzialrechte, soweit die Verhältnisse es gestatteten, in Uebereinstimmung bringen. Dabei sollten das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben, sowie die Gesetze anderer Staaten unter steter Rücksichtnahme auf das Naturrecht benutzt werden. Ein Plan für diese Commission wurde vom Professor Azzoni aus Prag entworfen, nach demselben sollte das Werk in drei Theile: Personen-, Sachen- und Obligationenrecht zerfallen; in Folge fortwährender Meinungsverschiedenheiten, sowie eines sehr umständlichen Geschäftsganges kam indeß im Verlauf von drei Jahren nur der erste Theil des Entwurfs zu Stande. Jene Commission wurde hiernächst ganz aufgelöst und die Arbeit dem Professor Azzoni und Hofrath Holger allein übertragen; an die Stelle des ersteren trat nach seinem 1760 erfolgten Tode der Hofrath Zenker, der den Civilcodex übernahm, während Holger seine Thätigkeit dem Criminalgesetzbuch widmete. Der Entwurf des Civilrechts wurde 1767 vollendet, er umfaßte indeß nicht weniger als acht Foliobände und war in Inhalt und Form äußerst schleppend und schwerfällig. Mit Recht versagte Maria Theresia auf Antrag des Fürsten Kaunitz demselben ihre Genehmigung und befahl die Anfertigung eines Auszuges, bei welchem alles, was nicht in den Mund des Gesetzgebers, sondern nur ad cathedram gehöre, weggelassen, möglichste Kürze, Deutlichkeit und Simplicität beobachtet und keine unbedingte Unterwerfung unter die römischen Gesetze stattfinden, sondern überall die natürliche Billigkeit zu Grunde gelegt werden sollte. Erst nach dem Tode Maria Theresia's (1782) wurde der durch den Regierungsrath Horten auf dieser Grundlage angefertigte erste Theil des Werkes vorgelegt, welcher das Personenrecht enthielt und nach einer nochmaligen Umarbeitung 1787 als s. g. Josephinisches Gesetzbuch publicirt worden ist.

Von neuem setzte Kaiser Leopold unter Vorsitz des Freiherrn von Martini eine Hofcommission zum Zweck der Gesetzgebung ein, aus deren Arbeiten in den Jahren 1794 bis 1796 ein Entwurf in drei Theilen hervorging, der im folgenden Jahre in Ost- und Westgalizien eingeführt wurde. Gleichzeitig wurde dieser Entwurf Commissionen in den einzelnen Provinzen, sowie den juristischen Facultäten zur Begutachtung mitgetheilt; die Gutachten derselben, die bis zum Jahre 1801 eingingen, wurden durch eine eigene Commission, deren Referent der Naturrechtslehrer Zeiller war, geprüft, darauf fand eine nochmalige Revision im Schoße derselben und schließlich noch eine Erörterung im Staatsrathe statt. Erst nachdem der Entwurf alle diese Stadien durchgemacht hatte, wurde er am 7. Juli 1810 genehmigt und mittelst Patentes vom 1. Juni 1811 als allgemeines bürgerliches Gesetzbuch zunächst in den deutschen Erbländern publicirt. Das österreichische Gesetzbuch zerfällt nach einer kurzen Einleitung in drei Theile; der erste handelt vom Personenrechte, der zweite vom Sachenrechte, der dritte von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte. Im ersten Theil ist herkömmlicherweise auch das Familienrecht enthalten. Eigenthümlich ist die Eintheilung der Sachenrechte in dingliche Rechte und persönliche Sachenrechte, erstere sind solche, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen; letztere solche, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen entstehen. Zu den ersteren werden gerechnet: Besitz, Eigenthum, Dienstbarkeiten, Pfandrecht und Erbrecht; die zweite Klasse bilden die Obligationen. Ganz zusammenhangslos ist der dritte Theil, der in vier Abschnitten von der Entstehung, Umänderung, Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten und endlich von der Verjährung und Ersitzung handelt.

Abweichend von dem preußischen Landrecht hat das österreichische Gesetzbuch nicht blos subsidiäre Geltung. Ursprünglich wollte man zwar auch in Oesterreich nach preußischem Vorbild die Provinzialrechte in besonderen Gesetzbüchern sammeln, indeß wurde diese Idee

später aufgegeben und durch ein Decret vom 13. Juli 1811 geradezu erklärt, „daß Se. Majestät keinem besonderen Recht oder Statuten für die einzelnen Provinzen neben dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Statt zu geben befunden habe". Die in dem Gesetzbuch enthaltene Bestimmung, daß die nach der Kundmachung desselben von den Landesfürsten ausdrücklich bestätigten Statuten einzelner Provinzen und Landestheile Gesetzeskraft haben sollten, ist demnach nicht zur Verwirklichung gelangt. Das Gewohnheitsrecht wird noch ungünstiger behandelt als im preußischen Landrecht, auf Gewohnheiten soll nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden (Art. 11). Da dies aber in der That nirgends der Fall ist, so ist dieser Rechtsquelle jede Anwendbarkeit versagt. Dagegen wird der Richter da, wo sich die Entscheidung weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entnehmen läßt, auf die Analogie und in subsidium auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze" hingewiesen.

Dem Gegenstande nach beschränkt sich das österreichische Gesetzbuch auf das Privatrecht und zwar auf das jus generale; die Specialrechte bleiben gänzlich ausgeschlossen. Ebenso sind alle s. g. politischen Gesetze außer Betracht gelassen, dieser Begriff ist weiter gefaßt, als gewöhnlich zu geschehen pflegt, so daß z. B. auch Hypotheken= und Vormundschaftsordnungen, sowie die Bestimmungen über die Verlassenschaftsabhandlung dahin gezählt werden. Rücksichtlich dieser Materie hat das Gesetzbuch den früheren Rechtszustand nicht verändert.

Die Klippe der Casuistik ist in dem österreichischen Gesetzbuch vermieden, der Inhalt ist fast überall auf allgemeine Begriffe reducirt, so daß der Umfang des Ganzen im Vergleich zum preußischen Landrecht sehr compendiös ist Wenn dies als ein Vorzug betrachtet werden darf, so ist andererseits damit doch auch ein Mangel verbunden, insofern die allgemeinen Grundsätze vielfach dürftig und unlebendig sind und den Richter bei der Entscheidung einzelner Fälle im Stich lassen. Die Verweisung auf die Analogie und das natürliche Recht gewährt in solchen Fällen erklärlicherweise nur eine sehr problematische Aushülfe. Auch das österreichische Gesetzbuch beruht auf der mangelhaften Grundlage, welche die gemeinrechtliche Wissenschaft des vorigen Jahrhunderts darbot und es sind in Folge dessen vielfach principiell falsche Auffassungen und verkehrte Begriffsbestimmungen in dasselbe übergegangen. Wie in Preußen hat es auch hier lange gedauert, bis die Fortschritte der neueren Wissenschaft für das Particularrecht fruchtbar gemacht wurden; durch das zuerst 1856 erschienene, bisher noch unvollständige Meisterwerk von Unger ist diesem Mangel für einen Theil des Gesetzbuches auf das glänzendste abgeholfen und die seitdem dem österreichischen Recht zugewendeten Bemühungen haben, eben weil sie von einem wahrhaft wissenschaftlichen Geiste belebt sind, auch auf das gemeine Recht den förderlichsten Einfluß ausgeübt.

Nächst diesen beiden einheimischen Gesetzbüchern ist hier der französischen Codification zu gedenken,[1]) welche im Gefolge der Napoleonischen Kriege nach Deutschland eingedrungen und von der folgenschwersten Bedeutung für die Entwickelung unserer Rechtszustände geworden ist. Frankreich zerfiel von altersher in das pays du droit écrit und pays coutumier, jenes den mehr romanischen Süden, dieses den Norden umfassend. In letzterem bildete das römische Recht, in jenem das besonders seit Ende des fünfzehnten Jahrhunderts aufgezeichnete, großentheils auf germanischer Grundlage beruhende, provinzielle und locale Statutarrecht (droit coutumier) den Hauptbestandtheil des geltenden Rechts. Doch fehlte es weder in dem pays du droit écrit ganz an Coutumes, noch

[1]) Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, herausgegeben von Anschütz, Bd. I. §. 7 fgg.; Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung in Frankreich, Bd. 4, S. 304 fgg.

war im Norden das römische Recht völlig ausgeschlossen. Denn einerseits hatten im Laufe der Zeit die Coutumes selbst vielfach römische Elemente in sich aufgenommen, andererseits kam auch abgesehen hiervon in diesen Ländern das römische Recht zur Geltung, wenngleich mehr als raison écrite wie als unbedingt anwendbare Norm. So bestand in den einzelnen Theilen des französischen Reichs ähnlich wie in Deutschland eine bunte Mannichfaltigkeit verschiedener Particularrechte und es mußte deshalb hier ebenfalls das Bedürfniß und der Plan einer gemeinsamen Gesetzgebung entstehen. Schon die Könige des Hauses Valois hegten derartige Absichten, die Ausführung aber war späteren Jahrhunderten vorbehalten, sie wurde erst möglich, als durch die Revolution und den Napoleonismus der Staatsgewalt neue Energie eingeflößt worden war. Gleich im Beginne der Revolution wurde diese Aufgabe ins Auge gefaßt; bereits die Constitution von 1791 enthielt die Verheißung: il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume. Doch machte erst der Nationalconvent sich wirklich ans Werk; Cambacérès legte als Berichterstatter einer von demselben ernannten Commission im August 1793 einen Entwurf vor, der indeß nicht die Zustimmung des Conventes erlangte, weil er nach der Ansicht desselben nicht entschieden genug mit dem ancien régime gebrochen hatte, was freilich nach den mitgetheilten Proben höchst wunderbar erscheint. Nach Beseitigung der Schreckensherrschaft wurden von neuem Versuche angestellt, doch ohne glücklichen Erfolg. Wiederum wurde hierauf in dem Gesetz über die Einführung des Consulats (9 Brumaire an VIII) das baldige Erscheinen eines Civilgesetzbuchs in Aussicht gestellt und diesmal gab die Persönlichkeit des ersten Consuls einen kräftigen Impuls. Er betraute vier Männer: Tronchet, Portalis, Bigot de Préamenen und Maleville, mit der Ausführung. Dieselben vertheilten die Arbeit nach Materien unter sich und brachten sie in vier Monaten zu Ende. Der Entwurf gelangte nach einer Begutachtung durch die Appellationsgerichte und den Cassationshof an den Staatsrath, an dessen Berathungen Bonaparte selbst thätigen Antheil nahm. Hierauf gingen die einzelnen Titel des Gesetzbuches an die gesetzgebende Versammlung, in welcher Regierungsredner ein exposé des motifs de la loi beifügten. Die letztere beschloß jedoch auf Antrag des Tribunats Verwerfung des ersten Titels und da in Betreff des zweiten Titels ein gleicher Antrag gestellt war, so wurden im Januar 1802 sämmtliche Vorschläge zurückgezogen. In den Jahren 1803 und 1804 erfolgte eine neue Vorlage und nunmehr die Annahme sämmtlicher Vorschläge. Das ganze Werk wurde durch ein Gesetz vom 30. Ventôse XII (20. März 1804) als Code civil des Français promulgirt; im Jahr 1807 nach Einführung der kaiserlichen Regierungsform erhielt dasselbe den Titel Code Napoléon.

Das französische Civilgesetzbuch besteht aus drei Büchern, denen ein titre préliminaire voraufgeht. Das erste Buch handelt des personnes (Personen- und Familienrecht), das zweite des biens et des différentes modifications de la propriété (Eintheilung der Sachen, Eigenthum, Personal- und Prädialservituten), das dritte des différentes manières dont on acquiert la propriété (Erbfolge, Schenkungen unter Lebenden und Testamente, Obligationen, Sicherungsmittel, Verjährung). — Das Verhältniß zum früheren Recht ist durch das Einführungsgesetz dahin bestimmt, daß durch den Code sowohl das römische Recht wie die Ordonnanzen, Coutumes, Statuten und Reglements, soweit sie sich auf Gegenstände beziehen, die im Code berührt werden, ihre Geltung verloren haben. Mit anderen Worten: für das ganze Gebiet des Civilrechts kommen alle diese Rechtsquellen höchstens noch als Hülfsmittel für die Interpretation in Betracht. Nur die Fälle, in denen der Code sich ausdrücklich auf Gewohnheiten oder auf frühere Gesetze beruft, machen hiervon eine Ausnahme.

Seinen Inhalt hat der Code zum großen Theil aus dem bis dahin in Frankreich geltenden Recht geschöpft. Vielfach liegen die Coutumes zu Grunde und namentlich hat die coutume de Paris Berücksichtigung gefunden, daher erklärt es sich, daß die Bestimmungen desselben so häufig auf germanische Wurzeln zurückweisen. Was den Werth des Gesetzbuches anlangt, so gilt dasselbe den Franzosen als ein Gegenstand des Nationalstolzes, als ein würdiges Denkmal ihrer glorreichsten Zeit. Deutsche Beurtheiler haben ihm Unvollständigkeit, Oberflächlichkeit, eine mechanische und unwissenschaftliche Behandlungsweise vorgeworfen. Savigny nennt ihn geradezu eine politische Krankheit. Daß diese Ausstellungen in vieler Hinsicht begründet sind, läßt sich nicht leugnen, die Gerechtigkeit erfordert aber, ihnen gegenüber die präcise, logische Sprache, die Durchsichtigkeit, Schärfe und Kürze der einzelnen Bestimmungen als Vorzüge anzuerkennen. Wenn man ferner mit Recht einen Nachtheil darin erblicken mag, daß häufig das politische Element über das technische das Uebergewicht erlangt hat, so hat doch andererseits gerade diese politische Tendenz die Wirkung gehabt, daß die Rechtsgleichheit gegenüber den zahlreichen Zerklüftungen und Abhängigkeitsverhältnissen, welche namentlich in Folge der Ständeunterschiede das Privatrecht bis dahin getrübt hatten, zum vollsten Ausdruck gekommen ist. Diese Bedeutung des Code hat denselben auch den Bewohnern des linken Rheinufers vorzugsweise werth gemacht und er ist in Folge dessen trotz der einflußreichsten Bestrebungen der Restaurationszeit bis heute in Rheinpreußen, Rheinbaiern, Rheinhessen und in einer vom Original wenig abweichenden authentischen Uebersetzung im Großherzogthum Baden in Geltung geblieben.

Mit dem Wiedererwachen des Nationalgefühls, welches in Folge der Freiheitskriege eintrat, wurde von neuem der Wunsch nach einem gemeinsamen deutschen Gesetzbuch erregt. Nach der Abwerfung des fremden Joches verlangte man zwar die Vertilgung der von der Fremdherrschaft zurückgelassenen Spuren auch auf dem Gebiete des Rechts, aber man sträubte sich doch ebenso gegen eine unbedingte Wiederherstellung der früheren Zustände. Die Herbeiführung eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für ganz Deutschland schien bei dem Aufschwung der Geister nicht nur innerhalb des Erreichbaren zu liegen, sondern auch einen wünschenswerthen Ersatz für das fehlende Band politischer Einheit darzubieten. Dieser Gesinnung wurde durch Thibaut in der 1814 erschienenen Flugschrift „über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" ein warmer Ausdruck verliehen [1]) Er verlangte, daß ein deutsches Nationalgesetzbuch von Deputirten aus allen deutschen Ländern abgefaßt und demnächst „wie ein Völkervertrag unter die feierliche Garantie der auswärtigen großen alliirten Mächte gestellt werde."

An diese Thibaut'sche Schrift knüpft sich eine Polemik, die sowohl um ihrer selbst willen wie wegen des Einflusses, den sie auf die Richtung der gesammten deutschen Rechtsentwickelung gehabt hat, von der allergrößten Bedeutung ist. Angeregt durch Savigny's berühmte, unmittelbar gegen Thibaut's Vorschläge gerichtete Schrift: „vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" [2]) verpflanzte sie sich bald in weitere Kreise und nahm einen über die gewöhnlichen Dimensionen wissenschaftlicher Streitfragen weit hinausgehenden Umfang an.

---

[1]) Wieder abgedruckt in des Verfassers civilistischen Abhandlungen, Heidelberg 1814, S. 404—466.

[2]) Zuerst ebenfalls Heidelberg 1814, in zweiter Aufl. 1828 erschienen.

Savigny erhob gegen jene Forderung zunächst den Einwand, daß die Zeit zur Abfassung eines derartigen Gesetzbuches nicht reif sei; es fehle sowohl die wissenschaftliche Befähigung wie diejenige Bildung der Sprache, welche zu einem präcisen Ausdruck juristischer und namentlich gesetzlicher Bestimmungen erforderlich sei. Dies suchte er durch einen Hinweis auf die Mängel der Rechtswissenschaft seiner Zeit, sowie durch eine ausführliche Erörterung der bereits vorhandenen Gesetzbücher und der ihnen anhaftenden Unvollkommenheiten näher zu begründen. Allein wenn hiernach auch späteren Generationen die Möglichkeit, ein derartiges Werk zu Stande zu bringen, nicht gerade abgesprochen wurde, so war doch der Kern der Schrift gegen jede Codification, wenigstens auf dem Gebiet des materiellen Rechts gerichtet. Als das Wünschenwertheste wurde bezeichnet, daß das Recht durch die inneren stillwirkenden Kräfte der Volksüberzeugung fortgebildet und daß der Zusammenhang dieser Entwickelung durch Eingriffe des Gesetzgebers möglichst wenig unterbrochen würde. Demnach verlangte er für die Länder, wo keine Codificationen existirten oder wo der Code gegolten hatte, der unter allen Umständen beseitigt werden sollte, Beibehaltung oder Wiedereinführung der früheren Verbindung von gemeinem Recht und Landesrechten, so daß die gesetzgeberische Thätigkeit sich hier, von politischen Gesetzen abgesehen, wesentlich auf die Entscheidung von Controversen und auf eine Verzeichnung alter Gewohnheiten beschränken sollte. In Oesterreich und Preußen dagegen, wo bereits einheimische Gesetzbücher existirten, sollte ein wissenschaftliches Studium des Rechts, namentlich auf historischem Wege, den unterbrochenen Zusammenhang mit dem gemeinen Recht möglichst wiederherstellen. Die Vertiefung in die geschichtliche Seite des Rechts forderte Savigny auch von den gemeinrechtlichen Juristen und in der hierdurch anzubahnenden wissenschaftlichen Gemeinschaft fand er zugleich das wirksamste Mittel zur Befestigung der nationalen Einheit und zur Herbeiführung eines nationalen Rechts.

Das große und unvergängliche Verdienst der Savigny'schen Schrift besteht darin, daß hier zum ersten Mal mit Nachdruck auf die geschichtliche Seite des Rechts und auf die Wichtigkeit der historischen Methode hingewiesen worden ist. Sie hat aus diesem Grunde eine epochemachende Bedeutung für die Rechtswissenschaft erlangt und darf, wenngleich die Anfänge jener Richtung weiter zurückliegen, doch als der eigentliche Ausgangspunkt jener rechtswissenschaftlichen Schule betrachtet werden, die sich vorzugsweise die historische nannte und deren Anhänger mit ebenso viel Eifer als Erfolg auf die Wege des Meisters eingingen. So dankenswerth aber auch der Impuls ist, der hierdurch den wissenschaftlichen Bestrebungen gegeben wurde, so ist es andererseits zu beklagen, daß die Argumentationen Savigny's, freilich ohne den Willen ihres Urhebers, zu einer Art Parteiprogramm gemacht wurden für alle diejenigen, welche aus irgend einem Grunde den populären Forderungen der Zeit nicht genügen mochten. Da sich im Gegensatz hierzu gleichfalls eine Partei sammelte, so konnte es nicht fehlen, daß sich die Unbefangenheit des Urtheils trübte und daß auf beiden Seiten vielfach extreme und unhaltbare Meinungen verfochten wurden.

Trotz der Wandelungen, welche sich während der mehr denn fünfzig Jahre seit dem Erscheinen der Savigny'schen Schrift sowohl in der politischen Gestaltung wie in den Anschauungen der deutschen Nation vollzogen haben, sind diese Gegensätze auch jetzt noch nicht völlig gehoben. Der Ruf nach Gesetzbüchern für Deutschland im allgemeinen und speciell für die Länder des gemeinen Rechts hat sich durch die Bedenken der historischen Schule nicht abweisen lassen, ist im Gegentheil immer lauter geworden und hat in immer weiteren Kreisen Anerkennung und zum Theil auch Verwirklichung gefunden. Andererseits sind es im ganzen stets dieselben Befürchtungen, die sich jedem neuen Schritt in dieser Richtung entgegenstellen, daß die Freiheit der wissenschaftlichen Bewegung und der prak-

tischen Anwendung gehemmt, die Continuität der Entwickelung unterbrochen werden würde. Von einer gemeinsamen Gesetzgebung für ganz Deutschland insbesondere besorgt man eine todte Uniformität, die allerdings, wenn sie sich blos in der Unterdrückung der Besonderheiten wirksam zeigen und nicht selbst die Quelle neuen Lebens sein würde, gegenüber der Mannichfaltigkeit der Particularrechte kein Fortschritt wäre.

Was zunächst die Codificationen einzelner deutscher Länder anlangt, so sind neuerdings Entwürfe zu Civilgesetzbüchern in Hessen Darmstadt (1842) und in Baiern (seit 1861) publicirt worden. Der hessische Entwurf scheint liegen geblieben zu sein und nicht weiter verfolgt zu werden. Dagegen befindet sich der baierische im gegenwärtigen Augenblick bereits in einem vorgerückten Stadium der Berathung. Gerade in Baiern wird das Bedürfniß nach einer Codification besonders lebhaft empfunden, weil hier durch die politischen Ereignisse sehr verschiedenartige Bestandtheile zu den alten Provinzen hinzugekommen sind und in Folge dessen eine größere Verschiedenartigkeit des Rechts und der rechtlichen Grundlagen vorhanden ist, als vielleicht in einem anderen deutschen Staate. Aus dem oben Bemerkten erklärt sich, daß man, um diesem Mangel abzuhelfen, auf ein neues Werk bedacht sein mußte und nicht etwa vom Codex Maximilianeus ausgehen konnte.

Wirklich zu Stande gekommen ist in neuester Zeit ein Civilgesetzbuch für das Königreich Sachsen. Der Plan einer Codification datirt hier aus dem Anfang dieses Jahrhunderts, doch wurde erst 1846 zu diesem Zweck eine Commission eingesetzt. Der Entwurf, der aus den Berathungen derselben hervorging, wurde in den Jahren 1851 und 1852 mit allgemeinen und speciellen Motiven veröffentlicht, in Folge der eingegangenen Beurtheilungen, namentlich in Folge einer sehr ungünstigen Kritik von Wächter [1]) aber zurückgezogen und nochmals umgearbeitet. Das Ergebniß dieser Umarbeitung, welches demnächst auch die Zustimmung der Ständeversammlung erhalten hat, ist das am 2. Januar 1863 publicirte, seit dem 1. März 1865 in Wirksamkeit getretene bürgerliche Gesetzbuch. Dasselbe zerfällt in fünf Theile: Allgemeine Bestimmungen, Sachenrecht, Recht an Forderungen, Familien- und Vormundschaftsrecht, Erbschaftsrecht. Der Inhalt erstreckt sich nur auf das allgemeine Privatrecht, nicht auf die Specialrechte, insoweit aber werden alle früheren Gesetze, deren Gültigkeit nicht ausdrücklich vorbehalten ist, aufgehoben. Das Gewohnheitsrecht ist überhaupt nicht als Rechtsquelle anerkannt; Gewohnheiten kommen nur als Interpretationsmittel bei der Begründung subjectiver Rechte in Betracht.

Den auf eine gemeinsame Gesetzgebung abzielenden Bestrebungen wurde durch einen Antrag Ausdruck verliehen, welchen zehn Regierungen, darunter Baiern, Sachsen und Würtemberg, bei der vormaligen Bundesversammlung stellten. Der Antrag ging auf eine Erwägung der Frage, ob und inwieweit eine gemeinsame Civil- und Criminalgesetzgebung wünschenswerth und durchführbar erscheine. Der hierüber erstattete Ausschußbericht erkannte den Wunsch und das Bedürfniß im allgemeinen an, wollte jedoch zunächst nur einzelne Theile des Civilrechts in Angriff genommen wissen und beantragte die Niedersetzung einer Commission in Dresden zum Entwurf und zur Vorlage eines allgemeinen Gesetzes über die Rechtsgeschäfte und Schuldverhältnisse (Obligationenrecht) für die deutschen Bundesstaaten. Die Majorität der Bundesversammlung stimmte diesem Antrage zu (13. November 1862); eine Minorität, Preußen an der Spitze, protestirte, weil solche Gesetze nicht mehr zu den der Competenz des Bundes unterliegenden gemeinnützigen Anordnungen gehörten. Auf Grund jenes Beschlusses trat am 5. Januar 1863 eine Commis-

[1]) Veröffentlicht in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung des Königreichs Sachsen, Band XII.

sion in Dresden zusammen, die bis zum 28. Mai 1866 tagte und nach zweimaliger Lesung einen Gesetzentwurf zu Stande brachte, dem jedoch wegen der inzwischen eingetretenen politischen Ereignisse bisher keine Folge gegeben worden ist.

Die Verfassung des Norddeutschen Bundes zählt die Herstellung eines gemeinsamen Obligationenrechts ebenfalls zu den Aufgaben der Bundesgesetzgebung. —

Schließlich sei uns noch gestattet, unseren eignen Standpunkt zu der Frage, ob ein gemeinsames Civilgesetzbuch für ganz Deutschland wünschenswerth ist, kurz darzulegen. Wir würden diese Frage durchaus bejahen. Eine solche Codification scheint uns ein Bedürfniß zu sein, das sowohl aus unseren rechtlichen wie aus unseren politischen Zuständen hervorgeht. Die in den Ländern des gemeinen Rechts zu Grunde liegende Verbindung zwischen fremdem Recht und Landesrechten entspricht keineswegs den Anforderungen welche an einen gesunden Rechtszustand zu stellen sind, das Verlangen nach einer in vaterländischer Sprache abgefaßten übersichtlichen Gesetzgebung ist völlig berechtigt. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß bei unseren complicirten Verhältnissen das Recht niemals ganz in den Besitz der Laien übergehen kann, sondern daß dessen Erforschung und Handhabung stets den Gegenstand einer besonderen Berufsthätigkeit bilden wird, so ist doch andererseits eine gewisse Popularität von jedem Recht zu beanspruchen. Die Rechtsnormen sollen möglichst klar und verständlich, denen, welche durch sie beherrscht werden, möglichst zugänglich sein. Diesen Anforderungen entspricht aber die Entwickelung des gemeinen Rechts gewiß nicht und deswegen hat auch hier ganz unabhängig von allen politischen Motiven die codificatorische Richtung immer weitere Fortschritte gemacht.

Ferner aber bleibt zu erwägen, daß die Frage, auch wenn man sie lediglich auf das Privatrecht beschränkt, doch in engsten Zusammenhang mit der allgemeinen staatlichen Entwickelung steht. Je mehr man davon durchdrungen ist, daß, wie Savigny sagt, das Recht kein Dasein für sich hat, sondern daß sein Wesen das Leben der Menschen selbst ist, von einer besonderen Seite angesehen: desto weniger wird sich die politische Bedeutung auch des Privatrechts verkennen lassen. Diese Bedeutung zeigt sich sowohl in der Einwirkung, welche die Privatrechtspflege auf die Förderung des Staatslebens ausübt, wie darin, daß die Gestaltung des staatlichen Lebens zu allen Zeiten von dem erheblichsten Einfluß auf die Bildung des Privatrechts gewesen ist.

Erkennt man aber an, daß der Charakter des Privatrechts durch politische Momente wesentlich mit bestimmt wird, so wird man auch zugeben müssen, daß in demselben Maße, in welchem das Streben die nationale Zusammengehörigkeit auf staatlichem Gebiet zu verwirklichen, stärker wird, auch die Forderung nach einem Ausdruck der Rechtseinheit dringender hervortreten muß. Sofern man die Berechtigung jenes Strebens zugibt, wird auch dies Verlangen unabweislich erscheinen. Die Erfüllung desselben aber kann, wie die Dinge bei uns einmal liegen, allein auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen. Die Gemeinsamkeit der Wissenschaft, auf welche Savigny hinweist, reicht allein nicht aus, denn sie würde, selbst wenn sie auf so verschiedenen Grundlagen, wie sie die nun einmal vorhandenen Codificationen und das gemeine Recht darbieten, zu erzielen wäre, doch immer nur einen kleinen Kreis Auserwählter vereinigen und dem Volke, worauf allerdings Gewicht zu legen ist, nicht als genügendes Bindemittel erscheinen. Aus diesen Gründen ist die gemeinsame deutsche Gesetzgebung eine Aufgabe, an die man, wie uns scheint, wird herantreten müssen, und zwar wird man hierbei immer zur Codification des gesammten Privatrechts geführt werden, da die einzelnen Theile desselben in viel zu enger Verbindung mit einander stehen, als daß man sich auf die Dauer mit Einzelgesetzen sollte begnügen können. Hiervon macht unseres Erachtens selbst das Familien- und Intestaterb-

recht keine Ausnahme, für welches man in der Regel die Möglichkeit einer allgemeinen gesetzlichen Grundlage leugnet.

Der Zweifel, ob die Gegenwart berufen ist, ein solches Werk zu unternehmen, muß schwinden, sobald einmal die Nothwendigkeit anerkannt ist. Keiner Zeit fehlt der Beruf, ein wirklich vorhandenes Bedürfniß zu befriedigen, vorausgesetzt, daß sie mit Anspannung aller ihr zu Gebote stehenden Kräfte daran arbeitet. Und ebenso wenig halten wir die Befürchtung für gegründet, daß ein solches Werk den Fortschritt der Rechtsentwickelung hemmen und daß der Buchstabe des Gesetzes den Geist des Rechts tödten würde. Vielmehr würde dasselbe, wenn in rechtem Sinne angelegt und ausgeführt, selbst vom nationalen Geiste belebt sein und anregend, nicht lähmend wirken. Das Handelsgesetzbuch und die Wechselordnung sind rühmliche Beispiele dafür, daß Codificationen unter dieser Voraussetzung den günstigsten Einfluß auf die Förderung der Rechtswissenschaft haben können.

III.

Das Privatrecht.

1.

Das heutige römische Recht.

Von

Prof. Dr. K. G. Bruns
in Berlin.

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1. Das gemeine deutsche Recht ruht auf zwei Grundlagen, einer römischen und einer deutschen. Das Verhältniß derselben ist im Privatrechte ein höchst eigenthümliches. Im Leben und der praktischen Anwendung sind beide auf das engste verbunden und gehen vollständig in einander über. In der Theorie werden sie dagegen in einer ziemlich scharfen Trennung von einander gehalten; in den akademischen Vorlesungen namentlich und den Lehrbüchern werden beide als Pandekten oder heutiges römisches Recht und deutsches Privatrecht vollständig von einander geschieden. Doch ist die Trennung nicht so, als ob unter dem ersteren rein römisches, unter dem anderen alles deutsche Recht gegeben würde. Vielmehr versteht man unter heutigem römischem Rechte das römische Recht in seiner heutigen praktischen Gestalt, also mit allen den Modificationen, die es durch das kanonische und deutsche Recht erhalten hat, im deutschen Privatrechte aber wird das deutsche Recht nur insoweit dargestellt, als es auf selbstständigen deutschen Rechts-Ideen und Instituten beruht. Im allgemeinen ist dabei das Verhältniß so, daß das römische Recht das eigentliche vollständige und zusammenhängende System des Rechts gibt, das deutsche mehr nur in einer Reihe einzelner Aenderungen und Ergänzungen des römischen und einzelnen neuen Gestaltungen des heutigen Lebens besteht. Die ganze Scheidung scheint zunächst sehr zufällig nur nach der äußeren Quelle zu sein, indessen hat sie ihren tieferen Grund in dem Grundcharakter sowohl des römischen als des deutschen Rechts, wie er oben S. 68 bei der Geschichte des römischen Rechts entwickelt ist. Das römische Recht hat seine Bedeutung hauptsächlich in der Ausbildung der allgemeinen abstracten Grundlagen des Rechts, sowohl im s. g. allgemeinen Theile des Rechts als bei den einzelnen Rechten, das deutsche Recht hat sich dagegen hauptsächlich in der Entwickelung der besonderen einzelnen Kreise des socialen und staatlichen Organismus bewegt, und die darauf beruhenden besonderen Gestaltungen der allgemeinen Rechtsbegriffe zur Ausbildung gebracht. Die Grenze zwischen beiden ist natürlich nicht scharf, und man hat daher die ganze Scheidung angegriffen und die Forderung aufgestellt, wie das Recht im Leben nur ein zusammenhängendes Ganze sei, so müsse es auch in der Theorie zu einem Systeme verbunden werden, die stete Trennung beider Rechte verhindere jede klare Auffassung und Darstellung des wirklich praktischen Rechts. Der Vorwurf ist aber nicht begründet. Die ältere Theorie hatte die Trennung noch nicht, allein bei der Verbindung wurden weder das römische noch das deutsche Recht in ihrer Eigenthümlichkeit erkannt, und daher vielfach praktische Resultate von sehr unklarer Begründung und zweifelhaftem Werthe gewonnen. Grade erst durch die Trennung beider Rechte ist Klarheit in ihre Auffassung gebracht. Man hat namentlich eingesehen, daß es in der That zwei verschiedene Seiten des Rechtslebens sind, die durch die beiden

Rechte repräsentirt werden, und die wirklich eine gewisse Verschiedenheit der Behandlung fordern. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß dadurch zum Theil ein gewisser übertriebener, sowohl romanistischer als germanistischer Purismus in die Behandlung gebracht ist, der die praktischen Resultate mitunter gefährdet. Man hat besonders beim römischen Rechte, dessen eigenthümlicher Geist immer etwas Fremdartiges für uns behält, vielfach geglaubt, nicht genug die reine Erkenntniß hervorheben zu können, und seine heutige praktische Gestaltung darüber vernachlässigt. Indessen liegt die Gefahr dabei weniger in der Trennung des römischen Systems von den deutschen Rechtsinstituten, als darin, daß man bei den römischen Instituten ihre Modification in der heutigen Praxis nicht in Betracht zieht, ein Fehler und eine Gefahr, die durch die bloße Verbindung der beiden Systeme in gar keiner Weise gehoben werden würden. Nur durch Detailuntersuchungen, nicht durch Gesammtdarstellungen, läßt sich dieses beseitigen. Aus diesen Gründen ist denn auch in der vorliegenden Darstellung des gemeinen Rechts die Scheidung der beiden Rechte beibehalten.

Dabei hat man sich nun aber von vornherein sehr vor der Vorstellung zu hüten, als ob das, was man das System des heutigen römischen Rechts nennt, wirklich einfach das römische Recht wäre, so weit es heute noch gilt. In diesem heutigen römischen Rechte steckt die Arbeit, geistige Entwickelung und Wissenschaft fast des gesammten modernen Europas. Unser heutiges römisches Rechtssystem ist keineswegs das wirklich römische. Schon im Inhalte ist es von Anfang bis zu Ende durchzogen von modernen Ideen. Noch mehr aber ist die ganze Form wesentlich eine neue Schöpfung des modernen Geistes, an der fast alle Nationen mit gearbeitet haben. Dieses principielle Erfassen, Gliedern und Systematisiren der Rechtsbegriffe ist Unsere That. Die Römer haben uns allerdings den eigentlichen Hauptstoff dazu geliefert; man darf aber nicht glauben, daß, wenn Stoff und Inhalt gegeben sei, dann die Findung der wissenschaftlichen Form eine einfache und leichte Sache sei. Die Römer haben sie gar nicht gefunden, und bei uns hat es Jahrhunderte gebraucht, um sie einigermaßen zu erfassen. Eine kurze Uebersicht über den Entwickelungsgang der romanistischen Rechtswissenschaft seit dem Mittelalter wird zeigen, wie schwer der modernen Wissenschaft die Aufgabe geworden ist.

§. 2. Will man die Richtung, die der Entwickelung der romanistischen Wissenschaft seit den Glossatoren zu Grunde liegt, kurz bezeichnen, so ist es der Fortschritt von einfacher Reception des römischen Rechts zu selbstständiger wissenschaftlicher Reproduction desselben. Der Anfang ist Aufnahme des überlieferten Details des römischen Rechts, das Ziel Begründung dieses Details im Gesammtsysteme des Rechts. Dem entsprechend ist die Methode im Anfange Exegese der einzelnen Stellen, am Ziele dogmatische Construction des Systems. Die Hauptstufen der Entwickelung sind dabei folgende:

1. Die Glossatoren. Die erste Aufgabe war, die Masse des römischen Details als solchen in das Bewußtsein und Verständniß der neuen Welt aufzunehmen, also die einzelnen Aussprüche als solche ihrem unmittelbaren Wortlaute und praktischen Gehalte nach zu erklären, sie miteinander zu vergleichen, die Widersprüche hervorzuheben, die Begriffe und Rechtsregeln daraus zu abstrahiren und in äußeren Zusammenstellungen zu ordnen. In der Lösung dieser Aufgabe liegt die Hauptbedeutung der glossatorischen Wissenschaft. Die hauptsächlichsten Werke sind die s. g. glossa ordinaria von Accursius und die Summae in codicem von Rogerius, Placentinus und Azo.

2. Die Postglossatoren, d. h. die italienischen Juristen von den Glossatoren an (1250) bis zum sechzehnten Jahrhundert. Die nächste Aufgabe war, die Modificationen, die das römische Recht bei seiner Anwendung auf die neuen Verhältnisse nothwendig in Gewohnheit und Praxis erleiden mußte, in die Theorie mit aufzunehmen, darin zu-

bearbeiten und mit dem römischen Rechte selbst zu verbinden. Darin liegt die Hauptbedeutung der Wissenschaft dieser Zeit. Die Erkenntniß des römischen Rechts selber wird dabei nicht sehr gefördert, seine Theorie besteht fast nur in scholastischer Bearbeitung der Glosse ohne selbstständiges Quellenstudium, doch werden dabei die Begriffe schulmäßiger gestaltet mit Definitionen, Terminologien, Distinctionen u. s. w. Die Hauptvertreter sind Durantis († 1296), Bartolus († 1359), Baldus († 1400).

3. Die französischen Juristen des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts. Die italienische Wissenschaft war rein praktisch, ohne andere Hülfsmittel, als das corpus iuris und den praktischen Verstand. Dies war für die Erkenntniß des römischen Rechts nicht ausreichend. Ohne einen gelehrten Apparat philologischer und historischer Kenntnisse war ein tieferes und reineres Verständniß nicht möglich. Die französischen Juristen waren es, die die durch die Reformation belebten philologischen und historischen Studien auch auf das römische Recht übertrugen. Der kritische Geist der Reformation ließ sie zugleich die Auctorität der Glosse und überhaupt traditioneller Dogmen durchbrechen und auf der reineren Exegese eine reinere Dogmatik aufbauen. Cujas († 1590) und Doneau († 1591) sind die hervorragenden Vertreter beider Beziehungen. Die holländischen und spanischen Juristen jener Zeit schließen sich ihrer Richtung an.

4. Die deutschen Juristen des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Die deutsche Rechtswissenschaft des sechzehnten Jahrhunderts hat noch wenig Selbstständiges, sie besteht fast nur in Aufnahme und Bearbeitung der italienischen und französischen. Erst im siebzehnten gewinnt sie eine eigene selbstständige Richtung, aber, durch das praktische Bedürfniß hervorgerufen, eine überwiegend praktische. Die s. g. Actenversendung von den Gerichten an die Universitäten zur Abfassung der Urtheile erlangte eine solche Ausdehnung, daß die meisten Entscheidungen in ganz Deutschland nicht von den Gerichten, sondern von den Facultäten ausgingen; dadurch wurden die Rechtslehrer auf den Universitäten veranlaßt, ja fast genöthigt, vorzugsweise die unmittelbare praktische Gestaltung des römischen Rechts ins Auge zu fassen, und namentlich seine Verbindung mit den Verhältnissen des modernen deutschen Lebens und Rechtes bis in seine einzelnsten particularen Gestaltungen hinein zu behandeln. Das historische Verständniß sowohl des römischen als des deutschen Rechts mußte darunter leiden, im übrigen aber begründeten sie mit einem richtigen praktischen Takte und Gefühle den Boden des s. g. heutigen römischen Rechts schärfer und allgemeiner, als es die Italiener und Franzosen gethan hatten. Hervorragende Namen sind Carpzov († 1666), Schilter († 1705), Stryk († 1710), Böhmer († 1749).

5. Die naturrechtliche Schule des achtzehnten Jahrhunderts. Die allgemeine rationalistische Richtung des achtzehnten Jahrhunderts führte auch in der Rechtswissenschaft zu einer kritisirenden, philosophirenden und dogmatisirenden Methode. Dabei wurden zwar die realen historischen und praktischen Verhältnisse und ihre eigentlichen Ideen vielfach gründlich verkannt und durch selbst gemachte Abstractionen überdeckt, allein andererseits wurde dadurch eine, gewisse Befreiung von den „Banden des römischen Rechts", eine selbstständige principielle und systematische Auffassung des Rechts, und eine kritische Beurtheilung des römischen Rechts angebahnt. Das preußische Landrecht Friedrichs des Großen ist gewissermaßen der Gipfelpunkt und das charakteristischste Resultat dieser Richtung.

6. Das neunzehnte Jahrhundert. Die allgemeine Reaction gegen den Rationalismus des achtzehnten Jahrhunderts trat auch in der Rechtswissenschaft hervor, und führte hier zu einer tieferen historischen Auffassung des Rechts. Savigny war es, der hier die Idee zur Anerkennung brachte, daß das Recht als ein Ausfluß des nationalen Lebens der Völker anzusehen sei, und darum bei jedem Volke vor allem historisch in seinen eigenthümlichen nationalen Ideen erkannt werden müsse, daß daher auch den einzel-

nen Rechtsinstituten nicht abstracte Principien, sondern die concreten Gesichtspunkte ihrer wirklichen Entstehung und Fortbildung zu Grunde gelegt werden müßten. In Folge davon ist zunächst die historische Auffassung des römischen Rechts tiefer und organischer geworden, als bei der früheren französischen Schule, die mehr nur die Einzelheiten aufklärte, dann aber ist namentlich der Gegensatz des römischen und germanischen Rechts, und die Grundverschiedenheit ihrer Standpunkte und Ideen zu größerer Klarheit und Enschiedenheit gebracht. Allerdings führte die historische Richtung mehrfach zu einer gewissen einseitigen historischen Idolatrie und einem theoretischen Quietismus, der sich mit der Auffindung historischer Resultate befriedigte, unbekümmert um ihre praktische Brauchbarkeit. Dem trat zunächst die Bildung einer reineren Rechtsphilosophie entgegen, die nicht mehr die Auffindung eines absoluten Naturrechts als ihre Aufgabe ansieht, sondern nur die allgemeinen Begriffe und Ideen, die in den einzelnen Volksrechten zur concreten historischen Erscheinung kommen, in ihrer Allgemeinheit und Nothwendigkeit erkennen will. Sie begründete damit eine schärfere Scheidung des philosophischen und historischen Elements im Rechte, dann aber wurde auch das praktische Ziel der Rechtswissenschaft mehr wieder in den Vordergrund gestellt durch die allgemeine Bewegung, die in Folge des Jahres 1848 auf dem Gebiete der inneren Politik und der Gesetzgebung entstanden ist, und dem ganzen geistigen Leben Deutschlands eine überwiegend praktische und realistische Richtung gegeben hat. Auch die romanistische Wissenschaft hat ihre praktische Aufgabe schärfer wieder ins Auge gefaßt. Sie sucht das geltende römische Recht principieller zu erfassen, die selbstständige innere Construction der Rechtsbegriffe aus ihren praktischen Elementen zu gewinnen, den Gegensatz der römischen und heutigen Anschauung schärfer hervorzuheben, und in seinen Consequenzen zu verfolgen. Die Auctorität des reinen römischen Rechts leidet dabei manche Einbuße, seine wahre Bedeutung als Element des heutigen Lebens wird dadurch nur gehoben. [1])

Das Resultat der gesammten Entwickelung für den Standpunkt der heutigen Theorie läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß die einzelnen Elemente, deren einseitige Ausbildung die einzelnen Entwickelungsstufen bestimmten, das exegetische, historische, praktische, dogmatische und philosophische, jetzt organisch zu einem Ganzen verbunden werden. Die Wissenschaft hat die Rechtsbegriffe selbstständig in ihrer allgemeinen Natur und inneren Construction zu erfassen, ihre concrete Gestaltung im römischen Rechte nachzuweisen, ihre etwaige Umwandlung oder Erweiterung im deutschen Leben und dem modernen Bewußtsein zu verfolgen, und danach ein System des römischen Rechts in seiner wirklich praktischen heutigen Gestalt aufzustellen.

§. 3. Eine Hauptfrage für die Gesammtdarstellung des Rechts ist dabei die nach dem eigentlichen Systeme, d. h. der systematischen Ordnung des Rechts. So lange man sich an die Ordnung der Pandekten, die s. g. Legalordnung, hielt, kam die Frage noch nicht zum Bewußtsein. Indessen war die auf das prätorische Edict gebaute Pandektenordnung schon für das Justinianische Recht verkehrt, für das heutige Recht ist sie völlig sinnlos. Einzelne bedeutendere Juristen, wie namentlich Donellus, haben dies schon früher

---

[1]) Die neuesten Lehr- und Handbücher des heutigen römischen Rechts, in denen auch die speciellere Literatur nachzusehen ist, sind: Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. 1868; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1857; Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3 Bde. 3. Aufl. von Kuntze, 1863; Keller, Pandekten. 2. Aufl. von Lewis, 1866; Puchta, Pandekten. 10. Aufl. von Rudorff, 1866; Seuffert, Das praktische Pandektenrecht. 3 Bde., 4 Aufl. 1860—1864; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. 3. Aufl, 1868; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 2 Bde 7. Aufl. 1863—1869; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2 Bde. 2. Aufl 1867. Dazu das unvollendete System des heutigen römischen Rechts von v. Savigny, 8 Bde., und 2 Bde Obligationenrecht. 1840—1853.

erkannt und selbstständige Systeme aufzustellen versucht, aber freilich ohne Glück. Erst im gegenwärtigen Jahrhundert, nachdem man die Legalordnung ganz aufgegeben hat, ist die Frage nach dem natürlichen Systeme des Rechts allgemeiner geworden und principieller ins Auge gefaßt. Bis jetzt ist man freilich über einen äußeren Schematismus nach methodologischer Zweckmäßigkeit noch wenig hinausgekommen. Dieses zeigt sich gleich bei der Frage nach dem s. g. allgemeinen Theile. Mit dem Aufgeben der Legalordnung machte sich sofort das Bedürfniß geltend, gewisse Begriffe und Lehren, die sich hauptsächlich auf alle Arten von Rechten beziehen, also die allgemeinen Voraussetzungen, Bestandtheile und Wirkungen aller Rechte, in ihrer Allgemeinheit zu erfassen und als solche den einzelnen Rechten voraufzustellen. Man nannte dies den allgemeinen Theil. Ein eigentliches Princip hatte man dafür nicht, und daher stellte jeder nach Belieben dahin, was er sonst nicht recht unterzubringen wußte. Dieses rief eine Reaction hervor, die bis zur völligen Verwerfung des allgemeinen Theils ging. Man bildete sich nun ein, logischer zu verfahren, wenn man die allgemeinen Elemente, die man doch nicht entbehren konnte, einfach coordinirt in eine Reihe mit den einzelnen Rechten selber stellte, oder einzelnes wohl gar hinter dieselben, weil es sich doch auf alle bezöge! Als ob damit die Idee des allgemeinen Theils nicht ganz von selbst gerechtfertigt würde. Sie ist eine durchaus richtige. Sie beruht einfach auf den logischen Kategorien des Allgemeinen, Besondern und Einzelnen. Das allgemeine Wesen kommt durch die besonderen Arten in den einzelnen Fällen zur wirklichen Erscheinung. Der allgemeine Theil ist demnach nicht eine beliebige Häufung allgemeiner Sätze, sondern ganz scharf die Bestimmung des allgemeinen Wesens der Rechte im Gegensatze zu den besondern Arten. Das allgemeine Wesen der Rechte kann aber nicht mit einigen allgemeinen Phrasen abgemacht werden, sondern ist in seinen allgemeinen Elementen selber zu bestimmen. Es besteht darin, daß das objective Recht, das Gesetz, die subjective Freiheit des Menschen in Verfolgung seiner Lebensinteressen anerkennt und zum subjectiven Rechte erhebt, und daher in ihrem Schutze seine eigene Objectivität zur Geltung zu bringen hat. Die Lehre vom objectiven Rechte, vom subjectiven Rechte und vom Schutze des Rechts, sind daher die drei nothwendigen Bestandtheile des allgemeinen Theils.

Der besondere Theil hat das System der einzelnen Rechte darzustellen, natürlich nach ihrer organischen Gestaltung im Organismus des Lebens selber, nicht, wie Puchta wollte, in einer Zerschneidung der Lebensverhältnisse nach den abstracten Kategorien der Rechte. Der Organismus der Privat-Lebensverhältnisse ist aber folgender:

1. Die Grundlage bildet die Existenz des Menschen als einzelnen rechtsfähigen Subjects, oder Person, für sich und in seiner allgemeinen socialen Verbindung mit den anderen. Als Mensch und Person existiren heißt aber frei sein und Herr des Unfreien, d. h. der äußeren Natur, der Sache, sein können. Person und Eigenthum sind daher die ersten Grundlagen des Rechts. Durch die sociale Verbindung der Personen und Eigenthümer entsteht dann der Begriff des rechtlichen Verkehrs und damit der der Obligation. Die Person kann ihre Freiheit zwar nicht im allgemeinen aufgeben, es ist aber eine Ausübung der Freiheit selbst, sich im einzelnen gegen Andere rechtlich beschränken und verpflichten zu können. Das dadurch entstehende Recht auf Erfüllung der Verpflichtung bildet eine weitere äußere Macht der Person neben dem Sachenrechte. Der Begriff des Eigenthums erweitert sich dadurch zu dem des Vermögens. Person und Vermögen sind danach die allgemeinen abstracten Grundlagen des Privatrechts; alle weiteren Verhältnisse bestehen stets nur in besonderen weiteren Gestaltungen und Modificationen des allgemeinen abstracten Personen- und Vermögensrechtes. Die Person wird aber als Subject der Rechte im allgemeinen Theile bestimmt, so daß hier nur das Vermögen, Sachen- und Obligationenrecht, bleibt.

2. Der Mensch existirt nicht abstract atomistisch als Person, sondern wesentlich nur als einzelnes, endliches Glied der gesammten unendlichen Gattung in enger Verbindung mit ihr. Die Gattung pflanzt sich in den Einzelnen fort, erhält sich und besteht in ihnen. Die rechtliche Gestaltung dieses Gattungslebens des Menschen schließt folgende Verhältnisse in sich:

a) Die Entstehung des Einzelnen durch den Gattungs= oder Geschlechtsproceß, d. h. die Differenz und Vereinigung der Geschlechter, die Zeugung und die Abstammung. Darauf beruht die Familie und ihr Recht, namentlich die Ehe und die väterliche Gewalt.

b) Die einzelne endliche Existenz ist der natürlichen Hülflosigkeit durch Kindheit, Wahnsinn u. dgl. unterworfen; die Gattung erhält sich aber in den Einzelnen, und sorgt daher für den, der nicht selber für seine Rechte sorgen kann. Darauf beruht das Vormundschaftsrecht. Die Gattung ist dabei natürlich nicht abstract im Ganzen thätig, sondern in den kleineren Einheiten, durch die der Einzelne mit ihr verbunden ist, nämlich Familie und Volk, d. h. Staat.

c) Der Einzelne ist die endliche vorübergehende Existenz der bleibenden Gattung; mit dem Tode des Einzelnen hören daher zwar seine individuellen Rechte und Pflichten auf, sein Vermögen bildet aber einen Bestandtheil des allgemeinen socialen Gattungsorganismus, bleibt daher bestehen und geht auf die überlebende Gattung über, die auch hier durch Familie und Staat vertreten wird, falls der Verstorbene nicht selber anderes bestimmt hat. Darauf beruht das Erbrecht.

3. Mit diesen beiden Rechtssphären, dem abstracten Vermögensrechte und den Verhältnissen des Gattungslebens, hören unsere Systeme des Civilrechtes auf und zwar meistens, als ob es gar nichts weiter in der Welt gäbe. Im römischen Rechte findet sich allerdings auch nicht viel mehr, wenigstens nichts für uns Brauchbares. In der reichern Gestaltung des germanischen und modernen socialen Organismus gibt es nun aber noch eine ganze Reihe weiterer Verhältnisse, die wenigstens bei der Anlage des Systemes mit in Betracht gezogen werden müssen, wenn auch ihre Ausführung vom Systeme des römischen Rechtes ausgeschlossen bleiben muß. Es sind dies alle die Verhältnisse, die auf der organischen Gliederung des socialen Lebens und Verkehres der Menschen und der besonderen Stellung und Thätigkeit der Einzelnen darin beruhen. Im älteren deutschen Rechte gestaltete sich alles dies unter der Form des Rechts der besonderen Stände. Glücklicherweise ist dies gegenwärtig auf die besonderen Rechte des hohen Adels reducirt. Im Rechte der Gegenwart ist es dagegen der Begriff des Gewerberechts, der dieses Gebiet beherrscht. Darunter ist aber nicht blos das Handwerk zu verstehen, sondern der Begriff umfaßt gleichmäßig Landwirthschaft, Bergbau, Handwerk, Fabrik, Handel jeder Art und Schiffahrt. Außerdem ist hier auch noch die Stelle für das gesammte Genossenschafts= und Corporationswesen, welches bei der Lehre von den juristischen Personen im allgemeinen Theile eine viel zu einseitige und beschränkte Stellung hat.

Uebersieht man das Resultat, so ergibt sich, was immer der beste Prüfstein für eine Theorie ist, daß die naive praktische Auffassung bei ihrem Schematisiren im römischen Systeme längst von selbst auf die natürliche Ordnung gekommen ist, nur ohne inneres Princip, sowohl im allgemeinen Theile, als in der Reihenfolge von Sachen=, Obligationen=, Familien=, Vormundschafts= und Erbrecht. Unglückliche Versuche der Aenderung bestätigen die Regel. Im deutschen Systeme hat man sich natürlich auch hier lange nicht vom römischen Systeme frei machen können, die besonderen modernen Verkehrsverhältnisse mußten sich in das römische Sachen= und Obligationenrecht einzwängen lassen, müssen es vielfach noch. Vollständig daraus befreit sind sie zuerst von Beseler, der jedoch den mittelalterlichen Gesichtspunkt des Ständerechts dafür festhält.

Allgemeiner Theil.

A. Das objective Recht.

I. Allgemeine Natur.

§. 4. Die Grundlage der Rechtsordnung im Staate ist das Dasein eines objectiven Rechts, d. h. allgemeingültiger Rechtssätze, nach denen alle einzelnen Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind. Nicht nur die subjective Willkür, sondern auch die Zufälligkeit der subjectiven Ansichten und Meinungen über das, was „an sich“ oder „von Natur“ recht sei, muß in der wirklichen Rechtsordnung der Fixirung bestimmter objectiv aufgestellter Rechtsnormen weichen. Ob die Aufstellung durch Gesetz der Staatsgewalt oder Gewohnheit des Volkes oder durch irgend eine Mittelform von beiden geschieht, ist gleichgültig. Man darf den Begriff des positiven Rechts nicht auf die Vorschrift der Staatsgewalt über das, was sie als Recht beobachtet wissen will, stellen. Das Recht ist nicht ein bloßes Mittel für den Staatszweck, sondern hat in sich selber, in der Rechtsidee, seinen eigenen selbstständigen Grund.

Näher zu bestimmen ist dabei:

1) Der Inhalt. In seinem vollen Umfange schließt das objective Recht das gesammte Staats- und Rechtsleben des Volkes in sich. Indessen scheidet es sich nach den zwei Hauptrichtungen des gesammten Volkslebens, dem Privatleben und den öffentlichen Verhältnissen, in zwei Hauptheile oder Massen, Privatrecht und öffentliches Recht. Entsprechend zerfallen auch die subjectiven Rechte der Einzelnen in Privatrechte und öffentliche Rechte. Der Unterschied ist praktisch äußerst wichtig, die Grenze aber sehr streitig. Früher wollte man einfach nach den Subjecten der Rechte unterscheiden, ob sie dem Staate oder den Unterthanen zuständen; allein unzweifelhaft können Beide beide Arten von Rechten haben. Neuere Gesetze unterscheiden nach dem Rechtsgrunde, Rechte aus öffentlichem und privatrechtlichem Titel; allein dabei wird die eigentliche Scheidung schon vorausgesetzt. Das Princip kann nur im Inhalte und Zwecke des objectiven wie des subjectiven Rechts liegen; die römische Bestimmung, daß das Privatrecht ad utilitatem singulorum spectat, das öffentliche ad statum reipublicae, ist die einzig richtige und auch völlig zureichende: utilitas singulorum ist das besondere Interesse der Einzelnen als solcher, ihr Privatinteresse, status reipublicae der Zustand und die Interessen des Staats und der Gesammtheit. Natürlich können bei vielen Verhältnissen beide Rücksichten und Interessen verbunden sein, z. B. bei den Rechten der Staatsdiener, auch können einzelne Verhältnisse im Laufe der Zeit ihren Charakter verändern, wie z. B. das Lehnswesen. Ueberhaupt aber gehören zum öffentlichen Rechte im objectiven Sinne nicht blos die Bestimmungen über die Staatsverhältnisse, sondern auch alle diejenigen Bestimmungen bei Privatverhältnissen, die die Wahrung des öffentlichen Interesses bei denselben zum Zwecke haben, wie namentlich die, welche die Formen der Aeußerung des Privatwillens und die Schranken seiner Geltung bestimmen. In dieser Ausdehnung ist der Begriff des ius publicum auch schon im römischen Rechte gefaßt.

Das Grundprincip für den gesammten Inhalt des Privatrechts liegt in der Durchführung der freien Persönlichkeit des Menschen, natürlich nicht blos als abstracten Willenssubjectes, sondern den verschiedenen Seiten seines Wesens entsprechend. Indessen darf man sich den Inhalt des Rechts nicht als eine einfache consequente Entwickelung dieses Princips denken. Die positive Gestaltung des Rechts im wirklichen Leben der Völker geht

nicht so theoretisch vor sich; die Rechtssätze entstehen darin selbstständig nebeneinander zwar stets von der allgemeinen Idee durchzogen und beherrscht, aber doch oft in freierer Bildung nach Bedürfnissen und auch Zufälligkeiten des Lebens. Abgesehen von den daraus hervorgehenden Unregelmäßigkeiten im Rechte, sind dann aber noch drei Begriffe, die vielfach gradezu directe Abweichungen von der eigentlichen Rechtsconsequenz begründen, die Billigkeit, die Sittlichkeit und das öffentliche Wohl:

a) Die Billigkeit (aequitas) ist das Princip der rechtlichen Gleichheit, aber der wahren inneren im Gegensatze zu einer blos formalen äußeren. Sie beruht auf dem Satze: Gleiches soll gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden. Ohne wesentliche innere Verschiedenheiten sollen keine äußere rechtliche Unterschiede gemacht werden, es sollen also keine unbillige Privilegien gegeben werden; wo aber innerlich wesentliche Verschiedenheit ist, da soll auch äußerlich im Rechte eine verschiedene Behandlung eintreten, sollen also billige Ausnahmen von der allgemeinen Regel zugelassen werden.

b) Sittlichkeit. Das Recht ist zwar an sich von der Moral geschieden, doch bildet es einen Theil der gesammten sittlichen Ordnung, und darf daher in keinen directen Gegensatz zur Moral treten. Das Unsittliche darf daher als solches weder Grund noch Gegenstand von Rechten sein. Darauf beruht namentlich die Ungültigkeit unsittlicher Verträge und Bedingungen.

c) Das öffentliche Wohl. Das Recht ist an sich unabhängig von der öffentlichen Wohlfahrt, und bei der Anwendung des bestehenden Rechtes gilt der Satz: fiat iustitia, pereat mundus. Bei der Aufstellung des objectiven Rechts selber darf und soll aber der Staat Rücksicht auf das öffentliche Wohl nehmen, und aus s. g. Nützlichkeitsrücksichten der verschiedensten Art Ausnahmen von der Rechtsconsequenz anordnen.

Nach alle diesem zieht sich ein Gegensatz von Rechtsconsequenz und Ausnahme, oder regelmäßigen und anomalen Rechtssätzen durch das ganze Recht hindurch, und gibt ihm vielfach einen so bunten Inhalt, daß der Faden der Einheit oft nur schwer festzuhalten ist. Der Gegensatz wird im römischen Rechte durch ius commune und singulare bezeichnet. Das letztere wird auch privilegium genannt. Ursprünglich bedeutet dies Wort zwar eine lex in privum, d. h. ein Gesetz für eine einzelne Person, also eine specielle Ausnahme vom Gesetze nur für einen einzelnen Fall, wie z. B. Begnadigung eines Verbrechers, doch ist das Wort bei den Römern und bei uns auch für die generellen Ausnahmen, die im Gesetze selber angeordnet sind, die daher einen Theil desselben bilden, gebraucht, wie z. B. Privilegien der Soldaten, der Weiber u. a. Ebenso wendet man es auch auf die einzelnen subjectiven Rechte an, die Jemandem aus einem ius singulare zustehen.

2) Rechtliche Kraft. Das objective Recht beherrscht und ordnet das gesammte ihm unterworfene sociale Leben der Menschen. Es normirt also die Rechte und Pflichten der Einzelnen, d. h. einerseits gewährt es einem jeden das rechtliche Maß seiner Freiheit und gibt ihm insoweit Recht, Befugniß, Erlaubniß zum Handeln, andererseits bestimmt es die entsprechenden Pflichten der Anderen, befiehlt ihre Erfüllung, verbietet das Zuwiderhandeln und ordnet nöthigenfalls auch Strafen dafür an. Man hat daraus eine Eintheilung der Gesetze in permissive, präceptive, prohibitive und punitive gemacht, aber ohne Werth.

Die rechtliche Kraft der Gesetze im Privatrechte ist nun aber keineswegs die, daß sie unbedingt stets auf alle Verhältnisse angewendet werden müßten. Im Gegentheil, wo es sich nur um Privatinteressen der Parteien handelt, über die sie freie Gewalt haben, können sie durch Vertrag oder Testament nach Belieben anders als das Gesetz darüber verfügen, die Bestimmungen des objectiven Rechts kommen immer nur soweit zur Anwendung, als die betheiligten Personen nicht selber andere Verfügungen getroffen haben. Man nennt dies das Recht der Privatautonomie. Nur soweit das öffentliche Recht in das

Privatrecht hereinragt, und im öffentlichen Interesse feste Bestimmungen und feste Beschränkungen für die Privatverhältnisse aufgestellt sind, kommt das allgemeine Princip zur Anwendung, „ius publicum privatorum pactis mutari non potest," jede Privatverfügung gegen solche Bestimmungen ist nichtig. Man hat hieraus bei uns eine Eintheilung der privatrechtlichen Gesetze selber gemacht; die der letzteren Art nennt man absolute, zwingende oder prohibitive, die anderen hypothetische, dispositive oder vermittelnde. Richtiger ist der römische Standpunkt, den Unterschied einfach auf den Gegensatz von öffentlichem und Privatrechte zu reduciren.

Abgesehen von diesem Unterschiede beruht die Kraft des objectiven Rechts darauf, daß es als der Wille des Staats gilt, daher dessen Schutz hinter sich hat, und von ihm nöthigenfalls mit äußerem Zwange durchgesetzt wird. Daraus folgt von selbst, daß jeder, der ihm unterworfen ist, auch verpflichtet ist, es zu kennen, oder sich bei seinen Rechtsverhältnissen danach zu erkundigen, und daß, wenn er es auch nicht kennt, er in der Regel doch danach beurtheilt wird. Nur hat das römische Recht dabei eine gewisse Milde. So weit bei rechtlichen Nachtheilen überhaupt eine Berufung auf Irrthum zulässig ist, kann man sich auch auf Rechtsunkenntniß berufen, falls sie den Umständen nach entschuldbar war, man namentlich auch keine Gelegenheit zur Erkundigung hatte. In noch größerer Ausdehnung wird die Rechtsunkenntniß den Minderjährigen, Weibern, Soldaten und s. g. rustici nachgesehen. Die heutigen Gesetzbücher haben meistens einen strengeren Standpunkt, weil sie von der Ansicht ausgehen, daß grade durch sie Jedermann in den Stand gesetzt werde, unmittelbar selbst die nöthige Rechtskenntniß zu erlangen. Dies ist nun zwar eine Täuschung, indessen läuft die Pflicht der Rechtskenntniß darum bei uns doch ebenso wenig wie in Rom auf eine bloße Fiction hinaus, wie man wohl gesagt hat. Die Hauptsache war und ist, daß, wer in Rechtsverhältnisse kommt, sich nach dem Rechte erkundigen muß, und in Schuld ist, wenn er es unterläßt. Nur selten fordern Rechtsverhältnisse ein so plötzliches Entschließen und Handeln, daß weder vorher noch nachher eine Erkundigung möglich wäre.

II. Die Entstehung des Rechts.

Einleitung. §. 5. Die Entstehung des positiven Rechts wird seit Savigny meistens auf den einfachen Satz zurückgeführt, daß das Recht ein Erzeugniß des nationalen Rechtsbewußtseins der Völker sei. Unzweifelhaft bildet diese Auffassung einen wesentlichen Fortschritt gegen die ältere Ansicht, daß alles Recht auf der Willkür der Gesetzgeber beruhe, indessen ist sie in jener Allgemeinheit doch ungenau und unrichtig. Sie stellt nur das normale Verhältniß auf, und verallgemeinert dieses, verleugnet aber, daß es auch abnorme Verhältnisse geben kann, wo der Gesetzgeber nicht Kind und Träger des Volksgeistes ist, vielmehr als Eroberer oder Usurpator auch Gesetze geben kann, die im schreiendsten Widerspruche mit dem Volksgeiste und seinem Rechtsbewußtsein stehen. Dieses dann auch auf die Rechtsüberzeugung des Volkes zurückzuführen, weil es duldend das fremde Recht in sich aufnehme, ist eine leere und unwürdige Sophisterei. Es tritt darin der Hauptfehler der ganzen Auffassung hervor, daß nämlich die Bildung des Inhalts der Rechtssätze und die Begründung ihrer formellen äußeren Geltung nicht unterschieden sind, vielmehr das Rechtsbewußtsein des Volkes ganz unmittelbar als solches für wirkliches Recht erklärt ist. Puchta definirt das Recht überhaupt einfach als gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden, und sieht daher in Gesetz und Gewohnheit keine Entstehungs-, sondern nur Erkenntnißmittel des Rechts. Dabei ist verkannt, daß Bewußtsein und Ueberzeugung nur subjective innere Zustände der Individuen als solcher sind,

daß aber das objective Recht als solches ein objectives Dasein über den Individuen haben muß. Es muß irgendwie objectiv als ein allgemeingültiges und eine die Einzelnen wirklich beherrschende Macht gesetzt werden. Das eben geschieht durch die Form des Gesetzes oder durch die Gewohnheit.

Die Identificirung von Volksüberzeugung und wirklichem Rechte führt zu dem sonderbaren Widerspruche, daß einerseits sehr gegen Gesetzgebung geeifert wird, weil sie so leicht die wahre Volksüberzeugung verkenne und Irrthümer fixire, und andererseits das Gesetz doch für bloßes Erkenntnißmittel der Volksüberzeugung erklärt wird, somit jede Thorheit, Einseitigkeit, Härte der Gesetzgebung ohne weiteres auf Rechnung der Volksüberzeugung gesetzt, und der Einfluß von Willkür, Irrthum, Zufall auf die Gesetze ganz negirt wird; denn sonst müßten eben dem Gesetze eine Untersuchung über seine Uebereinstimmung mit dem Volksbewußtsein zulässig sein, was natürlich keine Rechtstheorie zulassen kann. Derselbe Fehler liegt bei der Idee zu Grunde, daß die Wissenschaft eine Rechtsquelle sei, weil sie bei entwickelteren Zuständen der Völker das Rechtsbewußtsein des Volkes repräsentire. Das ist in Betreff des Inhaltes des Rechts bis auf einen gewissen Grad richtig. Allein wie der Inhalt der Volksüberzeugung nur durch Gesetz oder Gewohnheit wirkliches Recht werden kann, ebenso auch der Inhalt der Wissenschaft. An sich ist er es nicht. Eben darum ist auch die von den Germanisten behandelte Frage, ob bei Zwiespalt zwischen den Volksüberzeugungen und den Ansichten der Juristen das Volksrecht oder das Juristenrecht vorgehe, juristisch gar nicht möglich. Beide sind kein wirkliches Recht, sondern nur gährende und kämpfende Elemente, von denen schließlich eines das andere in Gesetzen oder Gewohnheiten überwindet, und damit dann wirkliches Recht wird. Eben darum kann es auch keine selbstständige Theorie des Volks- und Juristenrechts geben. Noch weniger bildet die Wissenschaft insofern eine selbstständige Rechtsquelle, als sie die Principien des bestehenden Rechts nachweist und zu ihren Consequenzen entwickelt. Denn darin ist der Sache nach überhaupt gar keine neue Rechtsproduction enthalten.

1. Gesetz. §. 6. Gesetz nennt man im engern Sinne die von der höchsten Staatsgewalt aufgestellten objectiven Rechtssätze. Der Begriff ist aber an sich im Gegensatz von Gewohnheitsrecht weiter. Der allgemeine Unterschied ist Satzung und Gewöhnung. Gesetz ist jede Satzung oder Setzung eines wirklich gültigen und verbindenden objectiven Rechtssatzes. Ob es von der obersten Staatsgewalt geschieht, oder von irgend einer anderen im Staate dazu berechtigten Gewalt, Beamten, Behörden, Gemeinden, Corporationen, selbst Familien, kann zwar für Umfang, Kraft und Dauer der Geltung von Wichtigkeit sein, das Wesentliche des Begriffes ist überall dasselbe. Es besteht nur darin, daß von Jemandem, der die Gewalt dazu hat, eine objective Rechtsregel für irgend welche Verhältnisse gesetzt oder aufgestellt ist, die maßgebend und rechtsverbindlich für sie ist. Die Beschränkung der Definition auf die höchste Staatsgewalt ist noch ein Rest von der Idee, daß alles Recht eigentlich vom Staate komme. Die Edicte der römischen Prätoren und die Autonomie der deutschen Gemeinden und Corporationen gehören daher vollständig unter den allgemeinen Begriff der Gesetzgebung, sie sind beschränkte Gesetzgebungsgewalten. Dagegen ist die Privatautonomie bei Verträgen und Testamenten wesentlich von der Gesetzgebung zu trennen, weil sie kein objectives Recht aufstellen, sondern nur subjective Rechte geben kann.

Die Frage, wer im Staate Gesetze geben kann und in welcher Form, ist lediglich eine staatsrechtliche und hängt von der concreten Staatsverfassung ab. Die ganze Ausführung darüber und damit auch die über den Unterschied von Gesetz und Verordnung, über die Publication der Gesetze, und die Frage von der richterlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Verordnungen gehört daher in das deutsche Staatsrecht.

2. Gewohnheitsrecht. §. 7. Wie der einzelne Mensch bei all' seinem Thun theils nach Absicht und Grundsatz handelt, theils sich mehr unwillkürlich durch Gewohnheit leiten läßt, so auch die Völker in ihrem Leben und Rechtsleben. Ihre Grundsätze sind ihre Gesetze, daneben stehen ihre Rechtsgewohnheiten und Gewohnheitsrechte. Das Wesen aller Gewohnheit ruht auf einer eigenen Verbindung von Freiheit und Nothwendigkeit. Man handelt frei, und doch unwillkürlich, d. h. ohne Willen, von einer inneren Nothwendigkeit gezogen, von einem unsichtbaren Gesetze beherrscht. Das Gesetz bildet sich scheinbar durch das Thun, allein der eigentliche innere Grund liegt in individuellen Anlagen und Neigungen, die in der Gewohnheit ihre Befriedigung finden. Ebenso bei den Gewohnheiten und Rechtsgewohnheiten der Völker, nur daß das Subject der Gewohnheit hier nicht die Einzelnen als solche sind, sondern das Volk im ganzen, die Einzelnen nur als Glieder desselben, und daß das Object nicht ein gleichgültiges Thun, sondern die Ausübung eines Rechtssatzes ist. Auch bei den Rechtsgewohnheiten der Völker liegen aber die beiden Elemente der äußeren Freiheit und inneren Nothwendigkeit zu Grunde. Das Volk ordnet seine Lebensverhältnisse auch ohne Gesetz seinem Rechtsgefühle gemäß, es thut von selbst, was es für recht und billig hält, und bildet und übt auf diese Weise Rechtssätze gewohnheitsmäßig aus, frei ohne Vorschrift und Zwang und doch nicht willkürlich nach jedesmaligen individuellen Gründen, sondern unwillkürlich durch innere Nothwendigkeit eines nationalen Rechtsgefühles getrieben. Was beim Einzelnen die Individualität, das ist beim Volke die Nationalität, sie hat so gut wie jene ihre besonderen Anlagen und Neigungen, und damit ihre Triebkraft zu besonderen Gewohnheiten. Innere Nothwendigkeit, unwillkürliches Handeln ist das Wesen der Gewohnheit, — das heißt nicht, daß alle Absicht und Reflexion dabei ausgeschlossen ist. Man kann sich auch absichtlich etwas angewöhnen, aber wirkliche Gewohnheit ist es erst, wenn man nicht mehr absichtlich handelt, sondern unwillkürlich, von der Gewohnheit beherrscht. Ebenso kann bei der Rechtsgewohnheit im Volke anfangs Ueberlegung und Rath Verständiger wirksam sein, aber Gewohnheit ist sie erst, wenn die nationale Neigung getroffen und darum die unwillkürliche allgemeine Ausübung eingetreten ist. Der Grund der Rechtsgewohnheit ist somit nicht der Wille des Volkes, ein Recht zu schaffen, ebenso wenig die Ueberzeugung, daß schon ein Recht da sei, sondern die Macht des nationalen Rechtssinnes, der dem Rechtsleben des Volkes eine bestimmte Richtung gibt. Die Rechtsgewohnheit beruht nicht auf einer Macht des Volkes über das Recht, sondern umgekehrt auf einer Macht des Rechtes über das Volk. Sie besteht sonach weder darin, daß aus äußerem Thun ein Recht wird, noch darin, daß ein fertiges Recht zu äußerem Thun führt, sondern darin, daß ein Rechtssatz zu einer objectiven idealen Macht im Volke wird, die thatsächlich die Einzelnen beherrscht und zur unwillkürlichen Befolgung und Ausübung treibt. Das Wesen der Rechtsgewohnheit concentrirt sich daher in dem Satze, daß sie thatsächlich geltendes Recht ist, d. h. in thatsächlicher Uebung geltendes. Die Uebung ist somit weder der Grund der Geltung noch die Folge, sondern schlechthin die äußere Thatsache der Geltung. Die Rechtsgewohnheit ist der Zustand der naiven Rechtsausübung, wo die Nothwendigkeit des Rechts und die Freiheit des Willens noch in unmittelbarer Einheit sind, der Wille das Recht noch nicht als Fessel fühlt, weil seine Nothwendigkeit nur erst die innere der Gewohnheit ist. Die Frage ist nun, ob der thatsächlich geübte Rechtssatz auch rechtlich wie ein Gesetz gelte, und vom Staate anerkannt und geschützt werden müsse? Gesetz und Gewohnheit völlig gleich stellen, wäre, wie wenn man den Unterschied von Vorsatz und Gewöhnung beim einzelnen Menschen leugnen wollte. Wie beim Einzelnen der Wille über den Gewohnheiten steht, sofern er nur die Kraft hat, ihn durchzuführen, so steht auch im Staate das Gesetz über der Rechtsgewohnheit. Das Gesetz ist der unmittelbare Wille

des Staates, es gilt nicht, weil es gut und volksthümlich ist, sondern weil es Staatswille ist und dessen Macht hinter sich hat. Die Gewohnheit hat an sich keine andere Macht hinter sich, als die ideale der Nationalität. Damit übt sie zwar friedlich eine stille Gewalt über das Volk aus, daß es von selbst thatsächlich ihr folgt; allein daß der Arm des Staates sie gegen Widerstrebende beschützen müsse, folgt daraus nicht. Der Staat kann sich mit den Neigungen und Gewöhnungen des Volkes in Widerspruch setzen, und seinen Richtern verbieten, Gewohnheiten zu berücksichtigen. Es kann das thöricht und unpolitisch sein, aber widersinnig ist es nicht. Dagegen die Beachtung seiner Gesetze verbieten, wäre einfach Unsinn. Die Kraft der Rechtsgewohnheit beruht daher nur darauf, daß in ihr die nationalen Rechtsideen rein objectiv, d. h. von dem subjectiven Meinen und Wollen der Einzelnen abgelöst, zu Tage treten, mehr noch als im Gesetze, wo wenigstens die Subjectivität der unmittelbaren Gesetzgebungsfactoren von Einfluß ist, z. B. eine kleine Majorität entscheiden kann. Wenn es daher Aufgabe des Staats ist, ein nationales Recht zu haben, so muß er das Gewohnheitsrecht im ganzen nicht weniger als seine Gesetze anerkennen und schützen. In unentwickelten Zuständen der Völker, bei überwiegend volksthümlicher Gestaltung der Rechtspflege versteht sich diese Geltung des Gewohnheitsrechtes ganz von selbst. Bei allen Völkern fängt das Recht mit Gewohnheitsrecht und nicht mit Gesetzen an. In späteren entwickelteren Verhältnissen, bei kritischer Auffassung des Rechts tritt der Gegensatz zwar mehr ins Bewußtsein, allein eine verständige und nationale Gesetzgebung muß dem Gewohnheitsleben des Volkes auch hier freien Spielraum lassen, und nur Ausartungen und Mißbildungen und zu große Zersplitterungen verhindern. Der Grund der Geltung des Gewohnheitsrechtes liegt danach zunächst zwar in ihm selbst, seine formell zwingende Kraft aber hat es durch die Anerkennung und Beschützung vom Staate.

In der modernen Theorie ist diese Natur des Gewohnheitsrechtes noch sehr verkannt. Savigny und Puchta haben den ganzen Begriff eigentlich vollständig vernichtet. Um die alte Idee, daß aus dem äußeren Thun ein Recht entstände, zu beseitigen, nehmen sie an, daß das Recht schon vor der Gewohnheit fertig ist; Puchta divinirt eine allgemeine Volksüberzeugung, die als solche schon von selbst Recht sei, eben darum ausgeübt und daraus erkannt werde. Die Gewohnheit als solche, die Gewöhnung, geht dabei ganz verloren; es ist ganz consequent, daß Puchta gern auch den ganzen Ausdruck Gewohnheitsrecht hätte verbannen mögen, und es nur unterließ, weil er „zu sehr eingebürgert" sei. Von Anfang an hat man dies gefühlt, aber die Opposition gegen Puchta will immer, wie er selbst, eine unmittelbare Gesetzeskraft der Gewohnheit deduciren, und kommt dadurch wieder auf das Princip der Gesetzgebung, den subjectiven Willen, zurück, entweder klar mit offener Proclamation der Autonomie, oder unklar durch Parallelisirung der Gewohnheit mit der Gesetzespublication. Die richtige Idee hat eigentlich Stahl, aber in seiner pietistischen Färbung oder vielmehr Verdunkelung, wenn er sagt, der „wahrhaftige Grund der bindenden Kraft der Gewohnheit sei die Macht Gottes, die in der Gewohnheit das Handeln der Menschen bestimme, Ihr Ansehen, nicht das der Volksansicht heilige die Gewohnheit". Damit ist aber die Abgötterei mit dem Gewohnheitsrechte, die schon Puchta und Savigny angefangen hatten, auf die Spitze getrieben. Völker sind Menschen und keine Götter, ihr Leben, auch ihr Rechtsleben, kann dieselben Entartungen enthalten, wie das des Einzelnen. Es ist nicht immer nur der göttliche und sittliche Geist, der die Völker treibt und ihre Gewohnheiten bestimmt. Dann aber nur die sittlichen Gewohnheiten dem Volksgeiste zuzuschreiben, und die andern auf Rechnung der Einzelnen zu setzen, ist reine Willkür. Auch das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zur Gesetzgebung ist hiernach wesentlich anders zu bestimmen, als Puchta es thut. Wie Kinder und Ungebildete vor-

Digitized by Google

zugsweise durch Gewohnheit sich leiten lassen, der erwachsene und gebildete Mann aber mit Bewußtsein die Principien seines Handelns erfassen und durchführen soll, so wird auch im Rechtsleben der Völker das Verhältniß von Gewohnheit und Gesetz ein anderes, wenn ihr Leben sich zu reiferen Zuständen entwickelt. Die Gesetzgebung wird dann die Hauptsache und nur kleinere und untergeordnete Verhältnisse können der Gewohnheit überlassen bleiben. Für ein so rasch fortschreitendes und so vielseitig und lebhaft bewegtes Leben, wie das heutige, die Rechtsentwickelung auf den Weg der Gewohnheit verweisen, wäre eine wahre Ironie. Im wirklichen Leben selber ist darüber auch nicht der geringste Zweifel. Viel zweifelhafter ist umgekehrt die andere Frage, ob man das Gewohnheitsrecht nicht noch mehr beschränken solle. Das römische Recht stellt die Gewohnheit dem Gesetze völlig gleich; sie kann nicht nur neben den Gesetzen wirksam sein, sondern auch gegen dieselben, sie ändern und aufheben, nur sollen Partikular-Gewohnheiten nicht gegen allgemeine Reichsgesetze gelten. Bei uns haben dagegen nicht nur das preußische und österreichische Gesetzbuch der Gewohnheit alle Kraft abgesprochen, was sich aus der damaligen Theorie erklärt, sondern auch in dem neuen sächsischen Gesetzbuche ist wieder derselbe Standpunkt eingenommen. Das deutsche Handelsgesetzbuch läßt die Gewohnheiten zwar gelten, aber doch nur neben dem Gesetze, nie gegen das Gesetz. Man hat dies mit der absoluten Autorität des modernen Staatswillens erklären wollen, und daß in der Zulassung von Gewohnheiten gegen das Gesetz eine Sanction der Ungesetzlichkeiten, mit denen solche Gewohnheiten anfangen müßten, enthalten sei. Dabei liegt aber immer die Auffassung der Gewohnheit als subjectiven Volkswillens zu Grunde. Denn abgesehen davon, muß der Staat zwar die Zersplitterung seiner einheitlichen Gesetze durch Particular-Gewohnheiten verhindern, nicht aber kann er vernünftigerweise den Einfluß, den die Aenderung des ganzen Nationallebens in der Gewohnheit ausübt, verbieten wollen.

III. Die Aufhebung der Gesetze.

§. 8. Gesetze und Gewohnheitsrechte dauern von selbst so lange fort, bis sie durch neue Gesetze und Gewohnheiten aufgehoben werden. Dadurch, daß die Umstände und Verhältnisse, die die Veranlassung und die Motive zur Einführung des Gesetzes gaben, wegfallen oder sich so ändern, daß das Gesetz nun nicht mehr gegeben werden würde, und es jetzt unnöthig, unpassend, nachtheilig erscheint, wird das Gesetz nicht von selbst aufgehoben. Die oft aufgestellte Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa ist, in diesem Sinne genommen, unrichtig. Nur wenn Gesetze ausdrücklich nur transitorisch für gewisse Zeiten und Verhältnisse gegeben sind, verlieren sie mit deren Aufhören ihre Geltung von selbst, und außerdem versteht sich, daß, wenn der Gegenstand, worauf sich ein Gesetz bezieht, nicht mehr existirt, es auch nicht mehr darauf angewendet werden kann.

Für alle neuen Gesetze gilt die Regel: lex posterior derogat priori. Sie kann durch keine s. g. salvatorische Clausel ausgeschlossen werden, höchstens kann, wie oft bei Verfassungsgesetzen, eine erschwerende Form angeordnet werden. Sie tritt auch stets ganz von selbst ein, ohne daß es einer besonderen s. g. derogatorischen oder cassatorischen Clausel bedürfte. Der Grund der Aufhebung ist zwar der Wille des neuen Gesetzes, allein in jeder neuen Position desselben ist die Negation des widersprechenden alten von selbst enthalten. Darum ist auch der Umfang der Aufhebung, wenn das neue Gesetz nichts ausdrücklich darüber bestimmt, rein nach dem Principe des Widerspruchs zu bestimmen, also: alles Widersprechende ist aufgehoben, alles Nichtwidersprechende bleibt. Daraus folgt, daß mit der Aufhebung eines Rechtssatzes seine Folgesätze stets von selber mit aufgehoben sind, seine Nebensätze und Ausnahmen dagegen bleiben und mit dem neuen

Rechtsgesetze verbunden werden müssen, — immer falls das neue Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Scheidung von beiden aber, namentlich in Betreff der Folgesätze, Nebensätze und Ausnahmen eines aufgehobenen allgemeinen Rechtssatzes, muß durch scharfe Entgegenstellung der Principien und Absichten des alten und neuen Gesetzes gewonnen werden. Die oft aufgestellte Regel, die alte lex specialis werde durch die neue generalis nicht aufgehoben, ist in dieser Allgemeinheit falsch.

IV. Die Auslegung der Gesetze.

§. 9. Die Anwendung der Gesetze ist bedingt durch ihre Auslegung. Die Auslegung der Gesetze ist die Darlegung ihres Inhaltes, d. h. die Feststellung der Fälle, die darunter fallen, und der Grundsätze, die für dieselben gelten sollen. Die Erklärung, d. h. Klarmachung dunkler Gesetze, ist nur ein Theil davon. Es war ein schiefer Gedanke der älteren Theorie, daß Auslegung nur bei mangelhaften und dunklen Gesetzen stattfinden könne. Sie ist bei jedem, auch dem klarsten, Gesetze nöthig, weil kein Gesetz alle Fälle, die es umfaßt, im voraus einzeln aufzählen kann. Die Auslegung ist darum auch nicht als bloße Feststellung des unmittelbaren Sinnes einzelner Gesetze aufzufassen, sie soll vielmehr den gesammten Inhalt des objectiven Rechts in allen seinen Principien und Consequenzen aus den Gesetzen darlegen, und für alle Fälle, die der Reichthum des Lebens bietet, die entsprechende rechtliche Entscheidung gewähren. Das positive Recht ist nicht eine zusammenhangslose Masse einzelner Befehle, sondern ein organisches Ganze, welches das gesammte Leben umfaßt und daher für jeden Fall eine Entscheidung in sich schließt. Jeder Rechtssatz, den ein Gesetz ausspricht, ist ein Princip, das nicht nur in seiner unmittelbaren Wortfassung gilt, sondern als solches mit allen darin enthaltenen Consequenzen anerkannt werden muß. Darum kann es auch keine eigentlichen Lücken im Rechte geben. Wo ausdrückliche Bestimmungen in den Gesetzen fehlen, müssen und können sie durch Schlußfolgerungen aus den vorhandenen ergänzt werden. Der Richter kann daher nie die Entscheidung eines Falles wegen Lücken in den Gesetzen ablehnen. Mit Recht erklärt der Code Napoleon dies für eine Justizverweigerung. Früher fragte man, welches Recht subsidiär bei Lücken der Gesetze anzuwenden sei? Das österreichische Gesetzbuch verwies auf das Naturrecht, das preußische auf die Gesetzgebungs-Commission. Gegenwärtig ist die Frage nicht mehr möglich. Natürlich muß die Auslegung dem Richter unbeschränkt zustehen. Bei schwierigen Auslegungsfragen den Richter an die Gesetzgebung verweisen, ist ein klägliches Mißtrauen des Staats in seine Richter, und eine arge Vermischung von Recht und Gesetzgebung. Daß Justinian und Friedrich der Große es thaten, mag man ihrer Zeit zu gute halten, gegenwärtig kann keine Rede mehr davon sein.

Auslegung ist Wissenschaft. Die Kraft ihrer Resultate hängt daher von der Richtigkeit ihrer Gründe ab. Doch kann der Sinn eines Gesetzes für die praktische Anwendung auch durch neue Gesetze oder Gewohnheiten festgestellt werden (s. g. authentische und Usual-Interpretation). Dann muß diese Deutung unbedingt gelten ohne Rücksicht auf ihre Richtigkeit.

Die erste Aufgabe der Auslegung ist nun, den unmittelbaren Inhalt der einzelnen Gesetze festzustellen, also den juristischen Gedanken, den Rechtssatz, den sich der Gesetzgeber selber dabei gedacht hat. Es gibt dafür zwei Wege: man kann entweder a posteriori aus den Worten, als den Ausdrucksmitteln des Gedankens, zu dem Gedanken selber kommen, oder a priori aus den Elementen, aus denen er selbst hervorgegangen ist.

1) Die Interpretation aus den Worten schließt in sich:

a) die lexikalische Bedeutung der einzelnen Worte,

b) ihre Verbindung zu Sätzen nach den Regeln der grammatischen Construction,

c) die Vereinigung der Sätze zu einem Gedanken nach den Grundsätzen der formalen Logik.

2) Die Elemente, aus denen der Gedanke eines Gesetzes hervorgehen kann, und aus denen daher a priori Schlüsse auf seinen Inhalt gezogen werden können, sind seine Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, d. h.

a) seine historische Entstehung und Ausbildung,

b) sein dogmatischer Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssysteme als ius commune oder singulare,

c) sein legislativer Zweck für die zukünftige Gestaltung des Lebens.

Beide Wege oder Mittel müssen natürlich zur vollen Interpretation eines Gesetzes stets verbunden werden, sie ergänzen sich und bilden gegenseitig die Probe ihrer Richtigkeit. Es ist eine rohe Vorstellung, die Worte seien das Gesetz und müßten allein entscheiden, nur wenn sie unklar wären, dürfen die mehr idealen Elemente zu Hülfe gezogen werden. Doch war dies die althergebrachte Ansicht, die man mit den, überdies unpassend gewählten, Ausdrücken: grammatische und logische Interpretation, zu formuliren suchte. Savigny hat die ganze Idee glücklich beseitigt; weniger gelungen ist es, wenn er an die Stelle der alten Eintheilung eine neue von „vier Elementen" der Interpretation setzt, einem grammatischen, logischen, historischen, systematischen.

Der Rechtssatz, dessen Feststellung das Ziel der Auslegung ist, besteht im wesentlichen stets darin, daß für bestimmte Thatsachen eine bestimmte Rechtsregel aufgestellt wird, und zwar aus bestimmten Gründen, die in irgend welchen bestimmten Eigenschaften der Thatsachen beruhen. Man unterscheidet danach dispositio und ratio legis. Die Auslegung hat stets beide zu ermitteln, da die Tragweite der Disposition sich nur aus ihrem Grunde feststellen läßt, und die eigentliche Absicht des Gesetzes das ist, was eigentlich zum Gesetze erhoben ist. Nicht die Worte sind das Gesetz, sondern der Gedanke, der in ihnen ausgedrückt ist, sie als solche sind nur das Ausdrucksmittel. Demgemäß sind unklare, unvollständige, mehrdeutige Worte möglichst der sonst zu ermittelnden Absicht des Gesetzes gemäß zu interpretiren, und wenn Worte und Absicht entschieden nicht harmoniren, geht die letztere vor. Sind die Worte zu eng gefaßt, so müssen sie extensiv interpretirt werden, wenn zu weit, restrictiv. Im Zweifel muß man freilich an den Worten festhalten, und bloße Härten, Unbilligkeiten und Unzweckmäßigkeiten sind an sich noch kein Grund, von einem klaren Wortlaute abzuweichen.

Von der Feststellung des unmittelbaren Inhalts der einzelnen Gesetze hat die Auslegung zu den Consequenzen fortzuschreiten, die sich logisch daraus ergeben, ohne speciell ausgesprochen oder auch nur zum bewußten Gedanken des Gesetzgebers gelangt zu sein. Es gehören dahin zunächst die Consequenzen für das betreffende Verhältniß selber in seinen weiteren Detailfragen, dann aber auch die Consequenzen für andere ähnliche Verhältnisse, für die keine besondere gesetzliche Bestimmungen existiren. Auf diese sind die Gesetze *ἀνὰ λόγον*, d. h. secundum rationem legis, auszudehnen. Gerade durch diese s. g. analoge Behandlung ähnlicher Verhältnisse wird die Ausfüllung aller Lücken der Gesetze möglich gemacht, und die innere Harmonie des ganzen Rechtsorganismus erhalten. Natürlich muß sie vorsichtig geschehen, man darf nicht einzelne Aehnlichkeiten zu allgemeinen Gleichstellungen ausdehnen, und anomale Rechtssätze oder Privilegien dürfen nicht übertragen werden, man darf nicht, wenn das Gesetz für einen Fall eine Ausnahme macht, darum auch andere ähnliche Fälle ausnehmen.

V. Die zeitliche und örtliche Anwendbarkeit der Gesetze.

§. 10. Bei der Anwendung der Gesetze auf die einzelnen Thatsachen ist die Ausdehnung, in der sie geschehen muß, zu bestimmen. Soll der Richter stets nur das gegenwärtige Recht und Gesetz seines Landes, resp. Bezirkes, zur Anwendung bringen, ohne Rücksicht, wann und wo die Thatsachen vorgefallen sind, höchstens etwa mit einzelnen Ausnahmen, — oder ist das Princip, daß jede Thatsache in der Regel nach den Gesetzen zu beurtheilen ist, unter deren Herrschaft sie vorgefallen ist, wenn sie auch unter andern Gesetzen zur Beurtheilung kommt? Die Frage hat eine doppelte Beziehung, eine zeitliche und eine räumliche, d. h. sie entsteht bei verschiedenen Gesetzen nacheinander und nebeneinander, also wenn Thatsachen unter einem alten aufgehobenen Gesetze vorgefallen sind, und wenn sie sich in einem fremden Rechtsgebiete unter andern Gesetzen ereignet haben.

Bei aller Verschiedenheit beider Fälle ist doch die Grundfrage bei beiden dieselbe. Man hat in älterer und neuerer Theorie gesagt, man müsse davon ausgehen, daß jeder Staat sein eigenes gegenwärtiges Recht für das beste halte, für besser als früheres und fremdes, sonst würde er es nicht haben; folglich müsse der Richter auch stets dieses anwenden, und nicht das schlechtere frühere oder fremde. Es ist das der schulmeisterliche, bevormundende Standpunkt der Staatsweisheit des vorigen Jahrhunderts, wonach das Volk sein Leben nicht selber gestaltet, sondern nur als Unterthan der Gegenstand väterlicher Beurtheilung und Leitung weiser Männer ist, bei denen natürlich die neueste Weisheit immer die beste ist. Faßt man dagegen das Recht als eine dem Menschen und seinem Leben immanente sittliche Idee und Macht auf, so haben die Thatsachen von innen heraus bei ihrem Entstehen ihren bestimmten rechtlichen Charakter, der ihnen bleibt und unabhängig von Zeit und Ort stets und überall derselbe sein und als solcher anerkannt und beurtheilt werden muß. Auch ist dies nicht etwa nur der Standpunkt für ein ideales Naturrecht, das positive Recht muß ihn bei seiner zeitlichen und örtlichen Verschiedenheit ebenso haben. Jede Zeit hat ihr Recht, und jedes Land hat sein Recht, und zwar ist das nicht blos zeitliche und örtliche Weisheit der Staatslenker, sondern eigenstes immanentes Recht der Zeit und des Landes selber. Es steht im engen Zusammenhange mit ihrem gesammten sonstigen Leben, und gibt darum auch jeder Thatsache, die darunter vorfällt, ihren festen rechtlichen Charakter, ohne Rücksicht, wann und wo sie zur rechtlichen Beurtheilung kommen wird. Der rechtliche Charakter der Thatsachen, ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit, kann daher nicht mit der Zeit und dem Orte des Gerichts, welches darüber zu entscheiden hat, wechseln, sondern muß stets von Zeit und Ort ihrer Entstehung abhängen. Das Princip für die Anwendung der Gesetze ist also nicht: jedes Gericht hat seine Gesetze auf alle Thatsachen anzuwenden, die an es kommen, sondern: jedes Gericht hat auf alle Thatsachen die Gesetze anzuwenden, unter denen sie vorgefallen oder entstanden sind, oder kurz: die Thatsachen sind nach den Gesetzen ihrer Entstehung, nicht ihrer Entscheidung, zu beurtheilen.

§. 11. In zeitlicher Beziehung führt dieses Princip zu der bekannten Regel, daß neue Gesetze nicht auf vergangene Thatsachen angewendet werden dürfen, keine rückwirkende Kraft haben sollen. Die Regel steht im römischen und heutigen Rechte unzweifelhaft fest. Man streitet jedoch über ihre Begründung, ob sie auf rechtlicher Consequenz oder nur legislativer Zweckmäßigkeit beruhe. Offenbar ist sie nur die negative Seite des allgemeineren positiven Princips, daß alle Thatsachen nach dem Gesetze ihrer Entstehung zu beurtheilen sind. Natürlich kann aber die Macht des Gesetzes die Consequenz des Rechtes stets brechen, und wo es ihr gut dünkt Rückanwendung anordnen. Insofern ist aller=

dings dann im einzelnen das, was die Regel erhält und die Ausnahme ausschließt, doch nur legislative Zweckmäßigkeit, und insofern kann im einzelnen die Entscheidung, ob bei einem Gesetze Rückanwendung eintreten müsse oder nicht, allerdings nur aus der Interpretation der Absicht des einzelnen Gesetzes entnommen werden. Ein leitendes Princip muß jedoch natürlich auch dabei sein. Es liegt darin, daß Rückanwendung stets einen Eingriff in bestehende Rechte (s. g. iura quaesita, wohlerworbene Rechte) enthält, und solche Eingriffe, als Ausnahmen von der regelmäßigen Rechtsordnung, im Zweifel nicht als Absicht der Gesetze angesehen werden können. Auf diese Weise reducirt sich das Rechtsprincip: Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, im praktischen Resultate auf das legislative Princip: Gesetze sollen nicht in bestehende Rechte eingreifen. Von einer unmittelbaren Identität beider kann keine Rede sein, da das eine rechtlich, das andere legislativ ist. Die Grenze der Anwendung beider hängt natürlich nur von dem Belieben der Gesetzgebung ab. Sobald ein neues Gesetz in alte Rechte eingreifen will, muß es darauf angewendet werden, und rücksichtslos, so weit seine Absicht reicht. Begriffliche Unterscheidungen, wie die ältere zwischen vermittelnden und zwingenden Gesetzen, oder die neuere von Savigny zwischen Gesetzen über Erwerb und über Dasein der Rechte, oder die von Lassalle, ob die Gesetze den Einzelnen mit oder ohne Vermittelung seines Willens treffen, sind rechtlich ohne Kraft, sie können höchstens Wahrscheinlichkeiten über die Absicht der einzelnen Gesetze begründen, nicht aber direct darüber entscheiden.

Dagegen ist nun für die Fälle, wo das neue Gesetz keine Rückanwendung beabsichtigt, die Anwendung des alten Gesetzes nach dem Principe zu bestimmen, daß alle Thatsachen, die unter seiner Herrschaft vorgefallen sind, den rechtlichen Charakter der Gültigkeit oder Ungültigkeit, der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit, den sie danach hatten, auch unter dem neuen Gesetze behalten. Danach sind zu unterscheiden:

1) Die Thatsachen, die gültig und wirksam vollendet sind und Rechte begründet haben, und die, die ungültig, unwirksam, unvollendet waren. Bei den ersteren sind die dadurch begründeten Rechte in allen Punkten, in Wirkung und Beschränkung, stets nach dem alten Gesetze zu beurtheilen; die letzteren dagegen können unter dem neuen Gesetze keine rechtliche Wirksamkeit mehr bekommen. Dahin gehören auch angefangene oder unvollendete Verjährungen, falls das neue Gesetz nicht Anrechnung der alten Zeit gestattet.

2) Die Thatsachen, die concrete wirkliche subjective Rechte, und die, die nur erst abstracte gesetzliche Möglichkeiten und nähere oder fernere rechtliche Erwartungen begründeten. Alle bloßen Möglichkeiten und Erwartungen hören mit dem Gesetze, worauf sie sich stützen, auf; wo nach dem alten Gesetze noch kein wirkliches concretes Recht begründet ist, kann auch keins erhalten werden.

Ausnahmen vom Verbote der Rückwirkung der Gesetze gibt es nur eine, nämlich wenn das Gesetz selber sie anordnet, sei es ausdrücklich oder sonst bestimmt erkennbar. Dasein und Umfang einer solchen Vorschrift ist im allgemeinen ganz nach der Interpretation des einzelnen Gesetzes zu bestimmen, doch soll die Rückanwendung in der Regel nicht auch auf die bereits durch Zahlung, Urtheil, Vergleich und ähnliches vollständig abgemachten Verhältnisse bezogen werden. Ein besonderer Fall der rückwirkenden Gesetze sind die declaratorischen Gesetze oder authentischen Interpretationen. Sie bestimmen zwar eigentlich nur, wie ein Gesetz von jetzt an verstanden werden soll, aber da sie dies rückwärts als wirklichen Sinn des alten Gesetzes hinstellen, so muß es in allen Fällen gelten, die von jetzt an zur Beurtheilung kommen. Eine Rescission bereits entschiedener Fälle wegen Irrthums folgt daraus nicht, da dieser nach der Zeit vor der Declaration beurtheilt werden müßte.

§. 12. In örtlicher Beziehung führt das Princip der Immanenz des Rechts in den Thatsachen zu der Regel, daß im internationalen Verkehre der Völker jedes Recht nach den Gesetzen seines Entstehungsortes zu beurtheilen ist, ohne Unterschied, wo es zur gerichtlichen Entscheidung kommt. Die Durchführung des Princips bietet jedoch hier noch mehr Schwierigkeiten, wie bei der zeitlichen Beziehung, weil es sich hier nicht blos um einzelne Differenzen innerhalb der Gesetzgebung eines Staates handelt, sondern um die Gesetzgebungen verschiedener Staaten, die selbstständig und mit eifersüchtiger Wahrung ihrer Souveränetät und Gesetzgebungspolitik einander gegenüberstehen. Die Frage bekommt dadurch hier wesentlich ein völkerrechtliches Element. Indessen folgt daraus nicht, daß man die souveräne Gewalt und Weisheit des einzelnen Staates zum Ausgangspunkte dabei machen müsse. Denn die Frage bezieht sich keineswegs blos auf die Gesetze verschiedener Staaten, sondern ebenso auf das Verhältniß der verschiedenen Rechte und Gesetze, die in verschiedenen Gebieten eines und desselben Staates gelten. Und auch bei verschiedenen Staaten kann das Ziel nicht in einer eifersüchtigen Geltendmachung der einzelnen Staatssouveränetät liegen, sondern nur in möglichster Erleichterung des Völkerverkehres, gegenseitiger Anerkennung der Nationen mit ihren Gesetzen und gleichmäßiger Beschützung der entstandenen Rechte. Das römische Recht enthält keine Beantwortung der Frage. In der älteren Zeit hatte es das Princip der Persönlichkeit des Rechts, nur mit der eigenthümlichen Aushülfe des ius gentium für den Fremdenverkehr, später war innerhalb des Reiches allgemeine Rechtseinheit und mit Fremden überhaupt wenig rechtlicher Verkehr. Die germanischen Völker hatten anfangs gleichfalls das Princip der Persönlichkeit des Rechts, seit dem dreizehnten Jahrhundert trat aber in Italien und Deutschland das der Territorialität an seine Stelle, jedoch ohne große Schroffheit, weil die kleinen italienischen und deutschen Staaten und Städte sich stets in nationaler, und mehr oder weniger auch staatlicher, Rechtsgemeinschaft fühlten. In neuerer Zeit ist mit der Entwickelung des modernen Völker-Verkehrs und Rechts in ganz Europa und auch Amerika das universale Princip der internationalen Rechtsgemeinschaft und Reciprocität des Rechtsschutzes immer vollständiger zur Anerkennung gekommen. Zwar hat das territoriale Princip der Staatssouveränetät gerade in der neueren deutschen Theorie noch bedeutende Vertheidiger gefunden, Wächter, Puchta u. a., und auf dem Boden des deutschen Particularismus ist dies nicht ohne Beifall geblieben, indessen ist der universale Standpunkt durch Savigny u. a. doch zur überwiegenden Geltung gebracht.

Gewisse Beschränkungen des universalen Princips durch das territoriale sind freilich in keiner Weise abzuwehren, nämlich:

1) daß die positiven Bestimmungen, die im einzelnen Staate durch besondere Gesetze über die Behandlung der Frage aufgestellt sind, unbedingt von seinen Gerichten zur Anwendung gebracht werden müssen, und jeder Fremde sich diesen schlechthin zu unterwerfen hat. Indessen sind andere Staaten dann nach dem Principe der Reciprocität berechtigt, iure retorsionis die Unterthanen jenes Staates bei sich ähnlich zu behandeln.

2) Die Anerkennung fremder Gesetzgebungen kann nie so weit gehen, daß der Staat die Fremden besser als seine eigenen Angehörigen behandeln müßte. Privilegien und Vorrechte fremder Gesetzgebungen erkennt daher kein Staat bei sich an, sobald sie seinen Gesetzen fremd sind. Eben darum erkennt er auch Rechte, die seine Gesetzgebung für absolut unsittlich oder gemeinschädlich hält, nie bei Fremden an, wenn auch deren Gesetze sie zulassen.

Abgesehen von diesen Beschränkungen ist das obige Princip als Regel durchzuführen. Jede Thatsache steht bei ihrer Entstehung unter dem Rechte irgend eines bestimmten Rechtsgebietes. Dieses bestimmt ihren rechtlichen Charakter der Gültigkeit oder Ungültig-

keit, und danach muß sie überall, in welchem Rechtsgebiete und unter welchen Gesetzen sie auch zur Entscheidung kommt, beurtheilt werden. Die weitere Frage ist nur, welchen Gesetzen eine jede Thatsache bei ihrer Entstehung unterworfen ist. Es entscheidet darüber nicht absolut der Ort, wo sie sich ereignet. Vielmehr sind solche Thatsachen, die mit anderweitigen umfassenderen und dauernden Rechtsverhältnissen in Verbindung stehen, auch deren Gesetzen mit unterworfen, da die Gesetze des zufälligen Ereignißortes dann gar nicht die Absicht haben, ihren rechtlichen Charakter zu bestimmen. Demnach ist die Aufgabe für jedes Rechtsverhältniß nachzuweisen, welchem Rechtsgebiete es seiner inneren Natur nach angehöre. Im allgemeinen sind dabei folgende Unterschiede zu Grunde zu legen:

1) Die Person ist als solche, also in Betreff ihres allgemeinen persönlichen Rechtszustandes, ihrer Handlungsfähigkeit, ihrer Familien- und Vormundschaftsverhältnisse, und darum auch in Betreff ihrer gesammten Beerbung, im allgemeinen den Gesetzen ihrer Heimath (s. g. statuta personalia) unterworfen.

2) Sachen sind als solche den Gesetzen des Ortes, wo sie liegen (statuta realia), unterworfen. Danach sind daher alle dinglichen Rechte, sowohl ihre Möglichkeit als die Art und Form ihres Erwerbes und Verlustes, zu beurtheilen, jedoch nur in Betreff des dinglichen Elementes, denn die Rechtstitel darauf hängen meistens von persönlichen und obligatorischen Verhältnissen ab.

3) Handlungen jeder Art, d. h. Rechtsgeschäfte und Delicte, stehen im allgemeinen unter den Gesetzen des Ortes der Vornahme (s. g. statuta mixta), nach der Regel: locus regit actum. Nur greift gerade hier bei der Einklagung solcher Verhältnisse in andern Ländern vielfach die oben angeführte Beschränkung in Betreff der absolut verworfenen Rechte ein, und außerdem sind hier noch weitere besondere Modificationen:

a) solche Geschäfte, die sich auf Verhältnisse der Personal- und Realstatuten beziehen, wie Ehe, Adoption, Testament, sind natürlich danach zu beurtheilen;

b) in Betreff der s. g. Dispositivgesetze bei Verträgen kommt es auf die Absicht der Parteien an, welchen sie sich dabei unterwerfen wollen;

c) in Betreff der äußeren Form der Rechtsgeschäfte ist ein ziemlich allgemeines Gewohnheitsrecht, daß die Parteien die Wahl haben zwischen der Form des Ortes der Vornahme und der materiellen Wirksamkeit des Geschäftes, sofern letztere nicht einen absolut zwingenden Charakter hat.

B. Das subjective Recht.

I. Allgemeine Natur.

§. 13. Die subjectiven Rechte sind die Befugnisse, die den einzelnen Subjecten dem objectiven Rechte nach zustehen. Sie bestehen im allgemeinen in der vom objectiven Rechte anerkannten und geschützten Freiheit der Einzelnen in Verfolgung ihrer Lebensinteressen. Indem die Rechtsordnung diese dem Einzelnen gewährleistet, legt es den Anderen die Pflicht auf, sie insoweit anzuerkennen und nicht zu verletzen. Durch diese Beziehung auf eine entsprechende Pflicht Anderer wird die natürliche und sittliche Freiheit zur rechtlichen, oder zum Rechte. Ohne Pflicht kein Recht. Man streitet, ob der Grund des Rechts in der Freiheit oder in den Interessen liege? Die Theorie der abstracten Willensfreiheit war bisher seit Hegel vorherrschend. Energisch hat sie Ihering angegriffen und das Interesse, den Nutzen, den Genuß, als Grund und Zweck des Rechts geltend gemacht. Offenbar gehört beides wesentlich zusammen. Die Freiheit ist nicht abstract ihrer selbst

willen berechtigt, sondern als Grundlage für die Verfolgung der sittlichen Interessen und Zwecke des menschlichen Lebens. Darum wird der ganze Inhalt der Rechte nicht durch abstracte Willenscapricen bestimmt, sondern nur durch die verschiedenen wirklichen Lebensinteressen, und Rechte ohne vernünftiges Interesse werden gar nicht zugelassen, z. B. bei Servituten, Obligationen, Stiftungen. Allein wollte man ganz von der Freiheit abstrahiren und nur auf das Interesse sehen, so würde der eigentliche Grund für den Schutz desselben fehlen, denn Interessen und Schutz derselben sind auch bei Thieren, z. B. den Tauben von S. Marco, möglich. Die Rechte der Willensunfähigen, der Kinder und Wahnsinnigen, können kein Bedenken machen, da diese an sich frei sind und ihre Freiheit nur nicht vernünftig ausüben können.

Die Begriffe von Recht und Pflicht sind in ihrer praktischen Durchführung wesentlich auf die Kategorien von Möglichkeit und Nothwendigkeit zurückzuführen. Das Recht ist reine Möglichkeit zum Handeln; man darf es ausüben, braucht es aber nicht, kann auch ganz darauf verzichten und es auf Andere übertragen. Die Pflicht ist umgekehrt reine Nothwendigkeit; man muß sie erfüllen, wenn der Berechtigte es verlangt, kann sich ihr nicht einseitig entziehen, sie nicht auf Andere übertragen. Das Verhältniß beider zu einander ist, daß das Recht eine gewisse Macht oder Herrschaft über den Verpflichteten gibt, der Berechtigte die Erfüllung der Pflicht verlangen kann, und der Staat dafür einen Schutz durch äußeren Zwang gewährt.

Neben dem Rechte oder der rechtlichen Herrschaft, der rechtlichen Möglichkeit, einen Rechtsinhalt auszuüben, steht der Besitz oder die factische Herrschaft, die factische Möglichkeit, Rechtsinhalt auszuüben. Begriff und Wort Besitz haben ihren historischen und etymologischen Ausgang beim Eigenthume oder der Herrschaft über Sachen. Hier schließt das „Sitzen", „sedere", auf der Sache die volle factische Herrschaft in sich. Der Begriff ist aber an sich ein allgemeiner, und bei allen Rechten, die eine dauernde äußere Herrschaft oder Ausübung in sich schließen, anwendbar. Doch läßt sich sein ganzes Wesen besser bei dem concreten Falle des Sachenbesitzes bestimmen, weshalb hier darauf verwiesen wird.

§. 14. Der Begriff des Rechts bietet, da er die gesammte Freiheitssphäre des Menschen und alle seine äußeren Lebensinteressen umfaßt, eine unendliche Mannichfaltigkeit von Unterschieden, Arten und Eintheilungen dar. Die Haupteintheilung ist die nach dem Gegenstande der Rechte in Zustands- (oder Personen-) und Vermögensrechte. Der Unterschied beruht auf dem Gegensatze der persönlichen Existenz des Menschen und seiner Herrschaft über die äußere Natur und andere Menschen. Der Mensch hat ein Recht, zu sein, und äußere Macht zu haben.

1) Die Zustandsrechte beschränken sich nicht auf die bloße persönliche Existenz, d. h. Leben und Freiheit, sondern schließen auch die Existenz und Stellung des Menschen in den verschiedenen Kreisen, die zum Gesammtorganismus der Gattung gehören, wie Familie, Staat, Gemeinde u. a., mit in sich. Sie gehen darauf, daß der Mensch in seinem allgemeinen und besondern persönlichen Zustande von Andern anerkannt und nicht verletzt, also in der Ausübung der dazu gehörigen Freiheitssphäre nicht gehindert werde. Diese Freiheit bezieht sich zunächst auf die allgemeine freie Thätigkeit des Menschen, dann in den einzelnen besonderen Kreisen auf die besonderen Verhältnisse, die deren Wesen ausmachen. In der Familie, die allein von diesen Kreisen in das Privatrecht gehört, umfaßt sie alle die persönlichen Beziehungen, in denen die einzelnen Familienglieder dem objectiven Organismus der Familie zufolge jeder nach seiner Stellung zu einander stehen, so namentlich die Verhältnisse der Ehegatten und die väterliche Gewalt. Die letztere namentlich ist

nicht eine äußere zufällige und willkürliche Macht des Vaters über die Kinder, sondern nur die rechtliche Durchführung der gegenseitigen Stellung des Erzeugers und des Erzeugten.

Der ganze Begriff der Zustandsrechte ist in neuerer Zeit mehrfach angefochten, namentlich von Unger, man könne nur von factischen Zuständen mit rechtlichen Folgen bei Verletzungen, aber nicht von Zustandsrechten, sprechen, der Mensch sei Person, Gatte, Vater, Bürger, aber es sei kein Recht, dies zu sein, Rechte könnten nur auf Thun und Haben, nicht auf bloßes Sein gehen, die s. g. Familienrechte seien nur sittliche Ansprüche. Allein wenn Recht Freiheit ist, so ist das Dasein der Freiheit das erste Recht. Ein Sein, was anerkannt werden muß und nicht verletzt werden darf, dem also eine Pflicht entspricht, ist ein Recht, sonst wäre seine Verletzung kein Unrecht. Die Auflösung des Rechts der Persönlichkeit in einzelne Befugnisse und Ansprüche aus Verletzungen stände der Auflösung des Eigenthums in einzelne Befugnisse und Schadensersatzansprüche analog. Der sittliche Charakter der Familienverhältnisse schließt aber den rechtlichen nicht aus. Unzulässig ist es dagegen, die Zustandsrechte dadurch den Rechten auf Thun und Haben näher zu bringen, daß man sie als Rechte des Menschen über sich selbst, oder gar des Geistes über den Körper auffaßt.

2) Die Vermögensrechte gehen auf die äußere, willkürliche und zufällige Macht des Menschen, also seine Herrschaft über die Natur, d. h. die einzelnen Sachen, und über andere Menschen. Man unterscheidet beide als Sachen- und Forderungsrechte, oder dingliche und persönliche Rechte.

a) Das Wesen der ersteren besteht in der unmittelbaren rechtlichen Unterwerfung der Sachen unter den Willen des Berechtigten, der unmittelbaren Macht des Berechtigten über sie, die von Jedermann anerkannt werden muß und nicht verletzt werden darf. Dem Rechte entspricht die allgemeine, aber nur negative Pflicht der Nichtverletzung von allen andern Menschen. Die absolute Verfolgbarkeit gegen Dritte ist eine Folge davon, kann aber im einzelnen beschränkt werden, ohne daß der Begriff dadurch aufhörte.

b) Die Forderungsrechte bestehen in einer Macht über andere Menschen, die nicht auf der objectiven Ordnung der verschiedenen Kreise des Gattungsorganismus beruht, sondern auf einer äußern mehr zufälligen und willkürlichen Unterwerfung unter den subjectiven Willen des Berechtigten. Diese Macht kann der allgemeinen Freiheit des Menschen wegen keine unmittelbare und absolute wie bei Sachen sein, das wäre Sclaverei, sondern nur eine durch die Freiheit und den eigenen Willen des Unterworfenen vermittelte, sie kann also nur in einer Verpflichtung seines Willens zu einzelnen Handlungen bestehen, dem Berechtigten nur ein Recht geben, diese zu fordern. Darin liegt das Wesen des Forderungsrechts oder der Obligation. Sie sind weder als Rechte „über" noch „an" Handlungen zu bestimmen, sondern als Recht über eine Person „auf" Vornahme einer Handlung.

Alle Vermögensrechte stehen in einem gemeinsamen scharfen Gegensatze zu den Zustandsrechten. Da sie sämmtlich eine der Willkür des Menschen zur Befriedigung seiner Interessen unterworfene äußere Macht enthalten, so ist insofern eine allgemeine Vergleichung und Abmessung ihrer Bedeutung oder ihres Werthes für den Menschen möglich, und im weiteren Verfolge davon dann auch ein allgemeiner sachlicher Maßstab, in welchem sie taxirt, und insofern auch ihrem Werthe nach ersetzt werden können. Dieser Maßstab ist das Geld, auf welches alle Vermögensrechte reducirt werden können, während die Zustandsrechte in Gelde unschätzbar sind, und überhaupt unter sich in ihrer Bedeutung und ihrem Werthe für den Menschen gar keine eigentliche Vergleichung und Abmessung zulassen.

Andere Eintheilungen der Rechte sind in personale und reale, absolute und relative, positive und negative, principale und accessorische, gemeine und privilegirte.

II. Die Subjecte der Rechte.

§. 15. Insofern alles Recht in der Ordnung der menschlichen Verhältnisse, namentlich der menschlichen Freiheit besteht, erscheinen die subjectiven Rechte zunächst stets nur als Berechtigungen der einzelnen Subjecte, als unzertrennliche Attribute von diesen und ohne sie undenkbar. In der concreten Gestaltung des Rechtslebens werden indessen wenigstens die Vermögensrechte zu bestimmten einzelnen Machtverhältnissen über Sachen und Personen, die einen festen objectiven Inhalt und Umfang haben, der von dem einzelnen berechtigten Subjecte unabhängig ist; sie können unverändert auf andere Subjecte übergehen, und können selbst ohne alles Subject fortexistirend gedacht werden. Vorübergehend ist eine solche subjectlose Existenz möglich, wenn ein Subject weggefallen ist, und noch kein neues eingetreten ist, wie bei ruhenden Erbschaften, oder dereliquirten Inhaberpapieren. Aber auch dauernd kann sie begründet werden, zwar nicht zwecklos, da alles Recht nur der menschlichen Interessen wegen da ist, wohl aber wenn Interessen existiren, die an keinen einzelnen Menschen gebunden sind, und zu deren Befriedigung doch ein festes Vermögen bestimmt werden soll. Jedes Vermögensrecht einer Person, Sachen- wie Forderungsrecht, besteht in der rechtlichen Macht, d. h. Möglichkeit des Berechtigten, die Sache oder den Gegenstand der Forderung zur Befriedigung seiner Interessen zu verwenden. Ebenso muß auch die rechtliche Möglichkeit begründet werden können, daß eine Sache oder Forderung keinem einzelnen Menschen für seine Interessen unterworfen sei, sondern nur bestimmten allgemeineren Interessen, sei es Staats- oder Gemeindeinteressen oder Armenpflege u. s. w., diene, natürlich immer mit einer bestimmten Vertretung, die für die Verwaltung und Verwendung zu sorgen hat.

Der Begriff von subjectlosen Rechten ist insofern ein ganz natürlicher und wohlbegründeter. Indessen liegt es doch nahe, daß man bei der Concentrirung verschiedener Vermögensrechte zu einem Gesammtvermögen für einen bestimmten Zweck, und bei der durch die Verwaltung und Verwendung entstehenden mannichfachen Thätigkeit, die Idee einer Personification des Vermögens anwendet, d. h. ein rein ideelles Subject der Rechte bildet, und als Inhaber des Vermögens bezeichnet und behandelt. Ein eigentliches selbstständiges neues Rechtssubject kann dadurch natürlich nicht entstehen, sondern es wird nur eine feste rechtliche Kategorie herbeigezogen, durch die die ganze rechtliche Behandlung des Verhältnisses einen festen und bequemen Anhalt bekommt. Auf diese Weise entstehen neben den einzelnen Menschen als physischen Rechtssubjecten oder Personen die s. g. juristischen Personen.

§. 16. Der Mensch als rechtsfähiges Subject heißt Person, Rechtsfähigkeit insofern Persönlichkeit. Dabei hat das heutige Recht, anders als das römische, den Standpunkt, daß der Mensch rein als solcher, weil Freiheit sein Wesen ist, als rechtsfähig gilt, und darum auch alle Menschen im allgemeinen gleichmäßig. Sclaverei ist daher absolut unzulässig, und Fremde haben im allgemeinen gleiche Rechtsfähigkeit mit den Einheimischen. Der römische nationale Standpunkt, daß nur der römische Bürger die volle Rechtsfähigkeit hat, der befreundete Peregrine eine beschränkte, der Feind gar keine, ist dem kosmopolitischen der allgemeinen rechtlichen Anerkennung der Menschenwürde gewichen.

Mit der allgemeinen gleichen Rechtsfähigkeit steht es natürlich nicht im Widerspruche, daß bei factischen Verschiedenheiten der Menschen auch rechtliche Unterschiede eintreten. Dahin gehören:

1) die physischen Unterschiede nach Geschlecht, Alter und Gesundheit, körperlicher und namentlicher geistiger. In Betreff des Alters nimmt das römische Recht den vollendeten,

volljährigen, Menschen erst mit 25 Jahren an. Neuere Gesetze haben dies meistens auf 24 oder 21 Jahre heruntergesetzt. Dagegen sind die Unterstufen der Minderjährigkeit, nämlich die Unmündigkeit bis 12 resp. 14 Jahr, und die Kindheit bis 7 Jahr beibehalten, jedoch mit veränderter Wirkung. Außerdem ist der s. g. plena pubertas mit 18 Jahren vielfach eine weitere Bedeutung als im römischen Rechte beigelegt.

2) Die sittliche Verschiedenheit der Menschen hat im allgemeinen keinen Einfluß auf ihre Rechte. Der Grund des Rechts ist die Freiheit des Menschen, nicht ihr sittlicher Gebrauch. Der unsittliche, der ehrlose, selbst der Verbrecher bleibt rechtsfähig. Nur bei solchen Rechten, die ausnahmsweise eine besondere Ehrenhaftigkeit der Gesinnung voraussetzen, muß bei entschiedener Unehrenhaftigkeit, also namentlich bei Verbrechen, eine Rechtsminderung eintreten. Diesen Charakter haben aber zwar im öffentlichen Rechte die meisten Rechte, namentlich alle Wahl= und Amtsrechte, im Privatrechte aber nur wenige, wie das Recht zu Vormundschaft, älterlicher Erziehung, Zeugniß, Eid. In der Fähigkeit zu diesen Rechten tritt daher die Ehrenhaftigkeit oder Ehre des Menschen auch rechtlich hervor. Darum nennt man die Unfähigkeit dazu schlechthin Ehrlosigkeit. Nur von diesem Standpunkte aus ist die Rechtsminderung wegen Ehrlosigkeit zu begründen, nicht, wie meistens geschieht, damit, daß die Mißachtung, in der man bei Andern stehe, also deren Meinung, einen Einfluß auf die rechtliche Stellung haben müsse.

Die näheren Bestimmungen über die Ehrlosigkeit, ihre Gründe und Wirkungen, sind stets ganz besonders von Sitten und Zuständen eines Volkes abhängig. Die römischen Grundsätze darüber können bei uns nicht als maßgebend angesehen werden.

3) Sociale, politische und religiöse Verschiedenheiten nach Stand, Rang, Gewerbe, Heimath, Religion können auch auf das Privatrecht in verschiedener Weise von Einfluß sein, doch beruhen die darüber bei uns geltenden Grundsätze auf deutscher Quelle.

Weitere rechtliche Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit des Menschen sind nur für ihren Anfang und ihr Ende, Geburt und Tod, nöthig.

1) Erst von der Geburt an gilt der Mensch als Person, doch werden den ungebornen ihre eventuellen Rechte vorbehalten und gesichert. Kommen sie todt zur Welt, so gelten sie als nie dagewesen, ebenso wenn sie zwar lebend, aber so unreif zur Welt kommen, daß sie darum nicht lebensfähig sind. So wenigstens nach römischem Rechte, dem das französische gefolgt ist, wogegen das preußische und österreichische auf die Lebensfähigkeit kein Gewicht legen. Im übrigen kommt auf Lebens=Fähigkeit und Dauer nichts an. Das römische Recht spricht auch dem monstrum die Rechtsfähigkeit ab, die neuere Medicin bestreitet aber die Möglichkeit, daß ein monstrum lebendig zur Welt komme.

2) Beim Tode können nur in Betreff des Beweises Zweifel entstehen. Leben und Tod sind Thatsachen, die nicht präsumirt werden können, wer Rechte auf das eine oder andere gründet, muß es beweisen, ebenso wenn es sich um die Priorität des Todes von zwei Personen handelt. Nur bei der letzteren macht das römische Recht eine Ausnahme, indem beim Tode von Aeltern und Kindern in gemeinsamer Gefahr, wie Schiffbruch oder auch Krieg, im Zweifel präsumirt werden soll, daß unmündige Kinder vor, mündige nach den Aeltern gestorben seien. Die Präsumtion ist ohne inneren Grund und ohne bestimmbare Grenze, und daher in den neueren Gesetzbüchern allgemein verworfen.

Dagegen ist eine Präsumtion des Todes bei s. g. Verschollenen in der neueren Gewohnheit und Gesetzgebung in großer Ausdehnung eingeführt. Das römische Recht fand dazu bei seiner freien Beweistheorie kein Bedürfniß. Die Schwierigkeit des modernen Beweises führte aber schon im italienischen Mittelalter dazu. Anfangs nahm man die Todespräsumtion erst mit dem hundertsten Lebensjahre an, später zwar mit dem siebzigsten, doch wurde dabei in Deutschland erst noch ein Versuch, durch Edictalcitation Nachrichten

zu bekommen, und dann eine förmliche Todeserklärung für nöthig erklärt. Die neueren Gesetze haben zweckmäßiger relative Fristen nach den Jahren der Abwesenheit angesetzt, 30, 20 oder 10 Jahre, und für die nach einem Kriege Vermißten noch weniger.

§. 17. Die juristischen Personen haben im heutigen Rechtsleben eine ungleich größere Ausdehnung und Bedeutung erlangt, als im römischen. Damit hat auch ihr Begriff eine ungleich reichere Entfaltung in allen seinen Elementen und Möglichkeiten erhalten; daß er in seinem Wesen anders geworden sei, läßt sich nicht sagen. Man geht bei seiner Construction in der Regel von dem Gedanken aus, daß die Rechtsfähigkeit außer dem Menschen auch mit etwas anderem verknüpft werden könne, oder daß der Staat neben den physischen Personen auch ideelle durch Rechtsfiction bilden könne. Indessen wird mit solchen abstracten und formellen Ausgängen das Wesen der Sache nicht getroffen. Sie überspringen die Frage, wie die Rechtsfähigkeit, wenn die Freiheit des Menschen ihr Grund ist, außer dem Menschen möglich sein kann. Der eigentliche Ausgang des Begriffes liegt in dem materiellen Grunde und Zwecke der Rechte, in der Sicherung der menschlichen Lebensinteressen. Danach muß das Recht auch bei solchen Interessen, die nicht auf bestimmte einzelne Menschen beschränkt sind, sondern größere Kreise umfassen, vielleicht dauernd sich auf ganze Generationen erstrecken, auch eine selbstständige, über die Einzelnen hinausgehende rechtliche Sicherung möglich machen, und die Frage ist nur, in welcher rechtlichen Form dies auszuführen sei. Die Bildung solcher Interessen ist im allgemeinen in doppelter Weise möglich, entweder durch Vereinigung von Menschen zu bestimmten Zwecken, oder durch menschliche Anordnung von selbstständigen Einrichtungen und Mitteln für bestimmte Zwecke.

1) Durch jede Verbindung von Menschen zu einem gemeinsamen Zwecke, von der kleinsten Gesellschaft an bis zur Verbindung eines ganzen Volkes im Staate, entsteht stets eine Scheidung der Gesammtheit als solcher, mit ihrer Thätigkeit und ihren Zwecken und Interessen, im Gegensatze zu den Einzelnen als solchen und deren Interessen. Die Gesammtheit erscheint als ein neues ideelles Subject, das zwar nur durch die Einzelnen besteht und nur durch sie thätig werden kann, das aber in dem einmal aufgestellten Zwecke seine festen, objectiv begründeten Interessen hat, die mit den Ansichten und Interessen der Einzelnen als solchen nicht nothwendig immer harmoniren. Gleichgültig ist, ob die Thätigkeit der Gesammtheit nur von den Einzelnen ausgeübt wird, oder ob dafür eine besondere Vertretung gesetzt wird, sei es durch einzelne Vorstände oder einen complicirteren Beamtenorganismus. In der rechtlichen Behandlung aller Verbindungen sind nun an sich zwei verschiedene Standpunkte möglich, die man als Gesellschafts- und Corporationsprincip unterscheiden kann. Entweder bleibt nämlich die Gesammtheit mit ihren Interessen rechtlich ganz in den Einzelnen latent, so daß die für den Gesammtzweck bestimmten Rechte und die daraus hervorgehenden Pflichten und Schulden nur die Einzelnen als solche treffen; oder wird die Gesammtheit als solche mit ihren Interessen rechtlich von den Einzelnen als solchen getrennt und selbstständig gesetzt, so daß die für ihren Zweck bestimmten Rechte und die dadurch hervorgerufenen Schulden direct nicht mehr als Rechte und Schulden der Einzelnen erscheinen, sondern selbstständig nur der Gesammtheit als solcher zustehen und obliegen, die Gesammtheit als solche also rechtlich als ein besonderes ideelles corpus oder Rechtssubject behandelt wird.

Man nennt das letztere die Personificirung der Gesammtheit, und bezeichnet danach solche Vereine als juristische Personen oder Corporationen. Indessen sind die Vorstellungen, die man damit verbindet, sehr verschieden. Savigny sieht in der juristischen Person nur ein fingirtes Vermögenssubject neben den Mitgliedern, für das diese höchstens Vertreter, aber wegen ihrer Sonderinteressen nur unpassende, sein können. Mit Recht

erklärt Brinz eine solche Person für unnöthig und will mit dem Begriffe eines Zweckvermögens ohne alles Subject auskommen. Umgekehrt neigt man auf germanistischer Seite dahin, die Corporation mit ihren Mitgliedern zu identificiren, und erklärt sie daher einfach für willens- und handlungsfähig. Die römische Auffassung spricht sich einfach in dem Ausdrucke universitas aus, die Gesammtheit wird als Einheit genommen. Diese Einheit ist als solche etwas ideelles, von den Einzelnen verschieden und darum willensunfähig, allein andererseits ist sie nur durch die Einzelnen und in ihnen, es wird keine neue Person neben diese gesetzt, sondern sie selber werden nur in ihrer ideellen Vereinigung und Gesammtheit als Subject anerkannt. Sie sind daher nicht Verwalter, Beamte, Vormünder einer fremden Person und fremder Interessen und Rechte, sondern sie sind in der Gesammtheit unmittelbar selber betheiligt, interessirt und berechtigt, nur nicht als selbstständige Personen mit selbstständigem Interesse, sondern schlechthin nur als Glieder der Gesammtheit, die als solche ungetheilt und einheitlich nur für ihren Zweck existirt und nur für diesen Interessen und Rechte hat. Die Einzelnen sind daher von selbst die realen Träger und Organe der ideellen Gesammtheit, ihr gemeinsamer Wille ist zwar nicht der Wille der Person, aber er gilt als solcher, sofern er nur innerhalb des Gesammtzweckes ist und auch nicht etwa eine besondere Vertretung angeordnet ist. Die Gesammtheit und die Einzelnen sind also getrennte Personen, obgleich die erstere rechtlich nur aus den letzteren besteht. Das Verhältniß läßt eine Reduction auf die gewöhnlichen Rechtskategorien von Vertretung, Gemeinschaft, Gewalt u. dgl., die unter physischen Personen möglich sind, nicht zu. Die Personificirung der Gesammtheit ist eben nicht Bildung einer neuen fingirten Person neben den physischen, sondern Vereinigung physischer Personen zu einer höheren ideellen Persönlichkeit, die aber eben darum ihren eigentlichen Grund doch immer wieder nur im Rechte und Interesse der einzelnen Menschen selber hat. Die Römer brauchen daher municipes und municipium identisch und sprechen bei den Corporationen stets von res und arca communis, communiter agi u. s. w. Eben darum darf man das Vermögen nicht als bloßes Zweckvermögen von den Personen trennen, und eben darum sind auch die Rechte, die zur Förderung und Sicherung des Gesammtzweckes dienen können, gar nicht auf Vermögensrechte beschränkt, sondern können auch öffentlicher Natur sein. Ein Unterschied zwischen römischem und deutschem Rechte ist in alle dem nicht.

Der ganze Begriff umfaßt nun an sich alle Vereine unter den Menschen, sowohl die größeren, wie Staat, Kirche und Gemeinden, als die kleineren, die s. g. Corporationen. Auch die ersteren werden in ihrer organischen Natur nur erkannt, wenn man neben ihrem objectiven Zwecke auch ihre subjective Existenz in den einzelnen Menschen als wesentliches Moment würdigt. Die Gründe, warum bei ihnen das letztere Moment mehr zurücktritt, bedürfen hier keiner Ausführung. Die kleineren Vereine, die Corporationen, bieten auch wieder eine große Mannichfaltigkeit der Gestaltung, der Begriff umfaßt gleichmäßig öffentliche und private, gemeinnützige und selbstnützige, Genuß Sicherung und Erwerb bezweckende, Capital- und Personalgenossenschaften u. s. w. Auch reine Erwerbsgesellschaften können Corporationen sein, und nicht erst bei uns, sondern auch schon nach römischem Rechte. Der Unterschied des Corporations- und Gesellschaftsprincipes beruht überhaupt nicht auf dem Zwecke der Vereine und Gesellschaften, sondern auf ihrer formellen rechtlichen Organisation, ob die Gesammtheit als selbstständige Persönlichkeit über den Einzelnen mit Rechten und Pflichten gilt, oder ob Recht und Pflicht direct die Einzelnen als solche treffen. Namentlich ist die Haftung für die Schulden entscheidend. Denn allerdings ist die Grenze nicht überall gleich und eine weitgehende Annäherung von beiden Seiten möglich. So kann die Handelsgesellschaft als solche auf ihre Firma Rechte erwerben und Processe führen wie eine Corporation, während sie durch die directe Haftung der Gesell-

schafter davon geschieden ist. Andererseits sind die Schulze schen Genossenschaften nach dem norddeutschen Bundesgesetze unzweifelhaft Corporationen, nähern sich aber den Gesellschaften durch die subsidiäre Haftung, die nach vergeblichem Concurse der Corporation für die Mitglieder eintritt. Dagegen ist eine vollständige Verbindung des Corporations- und Gesellschaftsprincips in der Weise, daß das erstere nach außen, das letztere im Inneren gelte, oder umgekehrt, ein innerer Widerspruch und consequent gar nicht durchführbar. Zwar kann sich ein Verein, ohne Corporation zu sein, vertragsmäßig eine Art corporativer Verfassung geben, allein eine innere eigentlich corporative Scheidung der Gesammtheit mit Rechten und Pflichten von den Einzelnen ist ohne äußere Wirkung gar nicht möglich. Ebenso wenig gibt es feste Mittelstufen zwischen beiden. Die Regel bleibt immer, daß wo das Corporationsprincip nicht gilt, das Gesellschaftsprincip entscheidet, so weit nicht durch besonderen Vertrag, Gewohnheit oder Gesetz einzelne Annäherungen an die Corporation begründet sind. Eine Hauptfrage ist aber, ob sich die Vereine nicht selber durch Autonomie zu Corporationen machen können, oder ob dazu Ertheilung des Corporationsrechtes vom Staate nöthig sei. Die ältere Theorie forderte dies aus dem doctrinären Grunde, weil eine juristische Person nur durch rechtliche Fiction vom Staate geschaffen werden könne. Dies ist reiner Formalismus. Der Sache nach handelt es sich um zweierlei, die politische Frage der Freiheit des Vereinsrechtes, und die verkehrsrechtliche der Scheidung der Rechte und Schulden der Vereine von ihren Mitgliedern. Die römischen Kaiser sahen nur auf die erste. Sie verboten im allgemeinen alle Vereine, die keine besondere Erlaubniß hätten, den erlaubten gaben sie aber stets auch das Recht „corpus habere“. Erst bei uns hat man beides getrennt, erlaubte Vereine ohne Corporationsrecht zugelassen, und für dieses besondere administrative Ertheilung vom Staate gefordert. Die neueren Erwerbscorporationen, namentlich die Actiengesellschaften und die Schulzeschen Genossenschaften, haben nun aber zwar einerseits die große Wichtigkeit des Corporationsrechtes für den Verkehr gezeigt, andererseits aber auch, daß dasselbe nicht von administrativer Willkür abhängig gemacht werden darf, sondern daß feste Rechtssätze dafür dasein müssen. Ein sächsisches Gesetz von 1868 stellt daher als Regel auf, daß alle Vereine, wenn sie den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, das Corporationsrecht durch Eintragung in ein öffentliches Register erlangen, nur wenn sie sich „auf öffentliche Angelegenheiten beziehen“, muß noch administrative Genehmigung voraufgehen. In Preußen ist man noch nicht so weit. Die Verfassung verspricht nur erst ein Gesetz „über die Bedingungen, unter welchen Corporationsrechte ertheilt oder verweigert werden sollen“. Auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat bei Actiengesellschaften noch das Princip der „staatlichen Genehmigung“. Das norddeutsche Genossenschaftsgesetz verlangt sie schon nicht mehr, sondern nur Eintragung in das Handelsregister. Ein derartiges öffentliches Element muß die Gesetzgebung aber nothwendig allgemein festhalten und an die Stelle der staatlichen Ertheilung oder Genehmigung setzen. Die absolute Formlosigkeit, die Manche mit großem Eifer vertheidigen, ist für die Gegenwart weder juristisch noch legislativ zu rechtfertigen.

2) Die zweite Art der s. g. juristischen Personen sind die Stiftungen. Unter Stiftung versteht man im allgemeinen jede Bestimmung eines Vermögens zur Verwendung für einen bestimmten dauernden Zweck, sei es einen öffentlichen oder gemeinnützigen, wohlthätigen, frommen, wissenschaftlichen, künstlerischen, oder auch privaten einzelner Familien, und sei es zu bloßer Gewährung von Geldspenden, oder zur Herstellung einer förmlichen Anstalt mit äußeren Einrichtungen, wie Armen- und Waisenhäuser, Lehranstalten, Kunstinstitute u. dgl. Solche Stiftungen können in doppelter Weise gemacht werden, entweder durch Zuwendung des Vermögens an eine dauernde Corporation, namentlich Gemeinden

und Universitäten, mit der betreffenden bestimmten Auflage, oder aber auch durch ganz selbstständige Constituirung des Vermögens nur mit Anordnung von bestimmten Beamten zu seiner Verwaltung und Verwendung. In diesem zweiten Falle sind nun gar keine einzelne Menschen da, die auch nur mittelbar, wie bei der Corporation, als Inhaber oder Träger des Vermögens angesehen werden könnten, deshalb hat man hier, weil das Vermögen nicht ohne Subject sein könne, die Idee einer fingirten Person herbeigezogen, streitet aber, was eigentlich personificirt werde, ob der Zweck, oder die Mittel oder die Destinatäre, oder ob ein selbstständiges Subject für das Vermögen fingirt werde. Der Sache nach ist hier gar nichts anderes vorhanden, als ein Vermögen, welches zur Ausführung eines bestimmten Zweckes verwaltet und verwendet werden soll. Die Personification ist nur eine theoretische Form, um die Analogie mit dem Vermögen der wirklichen Personen herzustellen. Ein Vermögen als Einheit von Rechten und Pflichten ist ein ideeller juristischer Begriff, der sich zwar beim wirklichen Menschen durch die Concentration auf seine Individualität von selber bildet, der aber ohne diese als eine künstliche Bildung erscheint, deren Handhabung sich schon der gemeine Verstand unwillkürlich durch eine Personification vermittelt. Dazu kommt die Thätigkeit, die bei der Verwaltung und Verwendung des Vermögens in seinem Namen von seinen Vertretern entwickelt wird. Fast unvermeidlich schiebt sich dabei in Vorstellung und Sprachgebrauch das Bild eines thätigen Subjects also einer ideellen Persönlichkeit ein. Aber weiter darf die Sache nicht gehen. Das Reale ist nur das Vermögen und der Zweck. Aller Streit über die Natur jener Person, ihre Erschaffung durch Testament oder Gesetz, ihre Existenz mit oder ohne Vermögen u. s. w., ist reine Scholastik. Die reale Frage kann immer nur sein, ob es rechtlich zulässig ist, ein Vermögen selbstständig für einen bestimmten Zweck hinzustellen. Die Form der Personificirung kann dies der Sache nach weder erleichtern noch erschweren. Die Frage ist auch bei einzelnen Sachen möglich, z. B. bei Stiftung eines Privatbrunnens oder Schutzhauses zur allgemeinen Benutzung. Das römische Recht hat solche Stiftungen erst in der christlichen Zeit, nur bei Testamenten, und nur zu frommen Zwecken zugelassen, hier aber unbeschränkt. Das heutige Recht läßt auch Stiftungen unter Lebenden, namentlich durch Sammlungen, und auch zu andern Zwecken zu. Eine scharfe Grenze für die Erfordernisse existirt nicht. Staatliche Mitwirkung wegen Creation einer Persönlichkeit zu fordern, ist leerer Formalismus; daß der Staat dagegen sehr real bei übermäßiger Ausdehnung der Stiftungen interessirt ist, hat ihm die Kirche gezeigt. Ebenso wenig können ihm die Zwecke gleichgültig sein. Von diesem Standpunkte aus sind gesetzliche oder administrative Beschränkungen unerläßlich.

III. Das Object der Rechte.

§. 18. Der Begriff „Gegenstand" der Rechte wird in sehr verschiedenem Sinne genommen. Hauptsächlich versteht man darunter die Menschen und Sachen, über die man eine rechtliche Herrschaft bekommt, aber auch die Handlungen, zu denen man berechtigt wird, ferner die Pflicht Anderer, auf die das Recht geht, und durch die es eigentlich zum Rechte wird, bei Obligationsrechten dann auch die Handlungen und Leistungen des Schuldners, auf die der Gläubiger ein Recht bekommt, und selbst die Sachen, die der Gläubiger durch die Obligation bekommen soll. An wohlgemeinten Rathschlägen, den Sprachgebrauch zu fixiren und namentlich zwischen Gegenstand und Inhalt der Rechte zu unterscheiden, fehlt es nicht, aber ohne Erfolg. Im Grunde kann man den Begriff auch auf alles, was dem Subjecte im Rechte objectiv gegenüber steht, anwenden, ihn also nach den verschiedenen im Rechte enthaltenen Beziehungen in verschiedenem Sinne gebrauchen.

Real existirende Gegenstände für die Rechte sind natürlich nur der Mensch und die Natur. Der erstere nur als freies Wesen, er ist als Object nichts anderes wie als Subject, darum mit allen den rechtlichen Bestimmungen, die oben für ihn als Rechtssubject ausgeführt sind. Die Natur löst sich als Rechtsobject in die einzelnen Sachen auf, die in der mannichfachsten Weise Gegenstände der Rechte bilden, unmittelbar und mittelbar, total und partiell, einzeln und vereint u. s. w. Dabei versteht sich, daß da die Bedeutung der Sachen für den Gebrauch und Genuß der Menschen den Grund alles Rechts an ihnen bildet, ihre physische Beschaffenheit und Verschiedenheit in der mannichfachsten Weise von Einfluß auf ihre rechtliche Behandlung sein muß. Wie bei den Rechtssubjecten gibt es daher auch bei den Rechtsobjecten eine Lehre von ihren rechtlich wichtigen Eigenschaften und Unterschieden (de rerum divisione). Die wichtigsten sind die Beweglichkeit, Theilbarkeit, Vertretbarkeit, Verzehrbarkeit, Zusammengehörigkeit, ferner ihre Entstehung auseinander und ihre Verbindung miteinander. Alle diese Begriffe bekommen bei ihrer rechtlichen Durchführung ihre eigenthümlich juristische, von der rein physischen mehrfach abweichende, Bestimmung und bilden dadurch eine weitläufige Lehre, deren Detail jedoch hier umgangen werden muß.

Auch der Rechtsfähigkeit der Subjecte steht bei den Objecten der Begriff einer passiven Rechtsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit Object von Privatrechten sein zu können, parallel. Im allgemeinen gibt die Möglichkeit der factischen Herrschaft auch das Maß für die Möglichkeit der rechtlichen Herrschaft. Darum ist das Recht auf die Erde beschränkt, und hier auf den festen Erdboden und was darauf und darin ist. Das Meer und die Luft sind „extra commercium". Außerdem muß der Staat diejenigen Theile seines Gebietes, auf denen der allgemeine öffentliche Verkehr sich bewegen soll, nämlich die Häfen, Flüsse, Meere, Wege, Straßen, Plätze, dem Privatverkehre und den Privatrechten entziehen (res publicae). Das römische Recht behandelt diese Sachen nach alt republikanischem Dogma als ein Corporationseigenthum des Volkes, und gibt allgemeine Popularklagen zum Schutze der Benutzung. Bei uns sind sie einfaches Eigenthum des Staates, was nur durch die Bestimmung zur allgemeinen Benutzung von dem gewöhnlichen fiscalischen Eigenthume unterschieden ist. Der Schutz der Benutzung ist Administrationssache.

Speciellere Beschränkungen sind bei verbotenen Sachen, verbotenen Büchern, Waffen u. dgl. und bei den s. g. relativen Verkehrsentziehungen.

IV. Erwerb und Verlust der Rechte.

Allgemeine Natur. §. 19. Das Recht der Existenz als Mensch, d. h. als freies rechtsfähiges Wesen, hat der Mensch schlechthin mit seiner Existenz, alle andern einzelnen Rechte entstehen für ihn nur unter besonderen, im Gesetze bestimmten Voraussetzungen und können wieder aufhören. Man nennt das Erwerb und Verlust der Rechte. Sie können zwar auch gleich mit seiner Existenz entstehen, wie z. B. Familienrechte, aber doch eben nur unter besonderen Voraussetzungen. Das Dasein der gesetzlichen Voraussetzungen des Erwerbes bildet den Rechtsgrund (causa, titulus) des Erwerbes. Besondere Erwerbshandlungen sind dabei nicht wesentlich. In der Regel erwirbt man zwar ohne oder gar wider seinen Willen keine Rechte; allein da die Rechte nur in rechtlichen Möglichkeiten bestehen, so können diese auch unmittelbar durch das Gesetz eröffnet, die Rechte also ipso iure von selbst erworben werden.

Wie der Erwerb, so tritt auch der Verlust der Rechte immer nur bei besonderen gesetzlichen Voraussetzungen ein. Die Fortdauer der Rechte bedarf keiner besonderen Begründung, sondern liegt von selbst im Begriffe des Rechts, wird, wie man sagt, stets

präsumirt, der Verlust muß vom Gegner bewiesen werden. Wie aber Rechte in der Regel nicht ohne und wider Willen erworben werden, so dauern sie in der Regel auch nicht wider den Willen fort, vielmehr kann man sie in der Regel beliebig mit freiem Willen aufgeben. Dies heißt im allgemeinen Verzicht oder Veräußerung. Der Begriff umfaßt gleichmäßig das einfache Aufgeben, die Uebertragung an Andere, die Einräumung von beschränkenden Rechten für Andere, den Erlaß von Rechten gegen sie, u. s. w. Veräußern kann in der Regel jeder Berechtigte, doch gibt es auch unveräußerliche Rechte, und für manche Fälle sind besondere Veräußerungsverbote aufgestellt. Ein Widerruf von Verzichten und Veräußerungen ist in der Regel nicht zulässig.

Zwischen Erwerb und Verlust der Rechte liegt ihre Existenz. Diese erscheint zunächst als subjective Berechtigung der einzelnen Personen. Die Person ist das wesentliche und dauernde, das Recht nur ein vorübergehendes Attribut. Anderes Subject, anderes Recht. Im Zusammenhange der socialen Ordnung kehrt sich dieses Verhältniß um. Die einzelnen Rechte, wenigstens die Vermögensrechte, erscheinen hier als feste objective Einrichtungen und Bestandtheile des socialen Organismus der Gattung, als feste concret geformte Möglichkeiten von Interesse und Genuß, in die die verschiedensten Subjecte je nach Bedürfniß und Zufall eintreten können. Der Einzelne schafft und gestaltet sie, und besitzt und genießt sie dann auch. Allein das letztere kann jeder Andere ebenso gut. Das Subject ist gleichgültig für das Recht. Wie der Rock seinen Träger wechselt und derselbe bleibt, ebenso auch das Recht am Rocke. Die Gesammtheit der Vermögen bildet das Nationalvermögen, dieses bleibt dasselbe, mag der Wechsel der einzelnen Subjecte noch so groß sein, das Vermögen aber sind nicht die Sachen, sondern die Rechte.

Auf diesen Elementen beruht die Möglichkeit des Ueberganges der Rechte von einer Person auf die andere und damit der Begriff der Succession in fremde Rechte. Diese besteht äußerlich stets in Erwerb dessen, was ein Anderer verliert. Indessen ist nicht jede solche Verbindung von Erwerb und Verlust eine Succession, sondern nur die, bei der Continuität des Rechts mit Wechsel des Subjects verbunden ist, bei der also der Eine nur dann ein Recht erwirbt, wenn der Andere es hatte und verliert, der Erwerber sein Recht aus dem des Verlierers ableitet, somit durch dessen Beweis begründen muß. Man nennt dies, besonders beim Eigenthume, derivativen Erwerb im Gegensatz des originären. Der letztere ist nicht blos bei der ersten Unterwerfung herrenloser Sachen, sondern auch beim Erwerben fremder Sachen aus Gründen, die das Eigenthum selbstständig ohne Rücksicht auf das bisherige Eigenthum geben, wie Accession, Specification, Usucapion.

Die Succession kann in doppelter Weise vor sich gehen, als Singular- oder Universalsuccession, d. h. entweder in einzelne Rechte als solche, wie bei Kauf oder Schenkung, oder in das gesammte Vermögen als solches, als ein Ganzes, als universitas. Die Vermögensrechte eines jeden Menschen haben in seiner Persönlichkeit stets einen Mittelpunkt, auf den sie sich beziehen und von dem aus sie beherrscht werden, in welchem sie aber auch zu den Schulden der Person in eine nothwendige Beziehung treten als Befriedigungsmittel derselben. Insofern bildet bei jedem Menschen die Gesammtheit seiner Rechte und Schulden, ohne Rücksicht auf Qualität und Quantität beider, eine zusammenhängende rechtliche Einheit, die als solche in ihrer Totalität auf andere Personen übergehen kann. Der wesentliche Unterschied dieses Ueberganges von der Singularsuccession ist, daß hier nicht etwa blos eine Menge Rechte auf einmal collectiv durch einen gemeinschaftlichen Titel übergehen, sondern daß hier die ideale Gesammtheit als solche den nächsten Gegenstand der Succession bildet, und die einzelnen Rechte nur mittelbar als in ihr enthaltene Elemente. Daraus folgen die Haupteigenthümlichkeiten der Universalsuccession:

a) Der Erwerb geschieht uno actu für die Gesammtheit, bewirkt damit aber zugleich von selbst den Erwerb aller einzelnen Rechte, ohne Rücksicht auf die sonstige Möglichkeit und Form ihrer Uebertragung und ob man sie kennt oder nicht;

b) mit den Rechten gehen auch die Schulden über, die ja sonst nicht einseitig übertragen werden können, und zwar ist es im allgemeinen gleichgültig, ob die Rechte oder die Schulden überwiegen.

Aus dem ganzen Begriffe der Universalsuccession und namentlich ihrer Wirkung für die Schulden ergibt sich von selbst der wichtige Satz, daß die einzelne Person sie nicht willkürlich anordnen kann, daß sie vielmehr nur dann eintreten kann, wenn die Person selber factisch oder rechtlich vollständig aufhört, also nur beim natürlichen oder bürgerlichen Tode oder den gesetzlich gleich gestellten Rechtsinstituten. Bloße Verträge auf Uebertragung des ganzen Vermögens können nur Verpflichtung auf Uebertragung aller einzelnen Rechte begründen, nie Universalsuccession.

Im einzelnen sind die Gründe für den Erwerb und Verlust der Rechte bei den einzelnen Rechten je nach ihrer besonderen Natur sehr verschieden. Man unterscheidet häufig als Hauptgründe den Willen der Parteien und den Willen des Gesetzes. Indessen ist der Wille der Parteien nur eine Thatsache neben anderen, die dem s. g. Willen des Gesetzes, d. h. dem objectiven Rechte, zufolge Rechte begründen oder aufheben kann. Die eigentliche Idee bei jener Unterscheidung ist, daß die gesetzlich aufgestellten Erwerbs- und Verlustgründe entweder auf eigentlichen Rechtsprincipien und der rechtlichen Natur der Verhältnisse selber beruhen, oder auf äußeren Nützlichkeitsprincipien, die nur erst vom Gesetze mehr oder weniger willkürlich rechtliche Wirkungen bekommen haben. Der Hauptgrund der ersten Art ist nun, da alles Recht auf der Freiheit beruht, der eigene Wille der Personen selber, welche Recht schaffen wollen, das s. g. Rechtsgeschäft, doch sind auch andere Gründe daneben, z. B. für Obligationen die Delicte, für Beendigung der Rechte Confusion und Tod; Gründe der zweiten Art sind die Verjährung, die Privilegien, beim Pfandrechte die Legalhypotheken u. s. w. Ein eigentliches innerlich gegliedertes System läßt sich für beide Arten, auch die erste, nicht aufstellen, auch ist die Grenze zwischen beiden kaum scharf zu ziehen und vielfach von subjectiven Ansichten abhängig. Hier sind jedenfalls nur die Hauptgründe beider Arten näher in's Auge zu fassen.

1. Die Rechtsgeschäfte. §. 20. Der einzige ganz allgemeine Grund, der bei Rechten jeder Art sowohl Erwerb als Verlust begründen kann, ist der eigene Wille der Parteien selber. Jede Willenserklärung aber der Personen als solcher (nicht als Richter oder Beamte), die auf Begründung oder Aufhebung von Rechten (Veränderung ist darin mit enthalten) für sie selbst oder Andere gerichtet ist, heißt Rechtsgeschäft. Gleichgültig ist, ob sie reine Erklärung ist, förmliche oder formlose, oder ob eine sonstige Handlung damit verbunden ist, wie bei Occupation und Tradition. Dagegen sind Handlungen, die Rechte bewirken ohne sie zu bezwecken, wie z. B. Delicte, keine Rechtsgeschäfte, wohl aber kann in einem Delicte ein Rechtsgeschäft mit enthalten sein, wie z. B. in jedem Diebstahle eine Besitzergreifung. Der Begriff in dieser vollen Allgemeinheit genommen schließt natürlich eine unendliche Mannichfaltigkeit einzelner Arten in sich. Die Hauptunterschiede sind: ein- und zweiseitige (Verträge), inter vivos und mortis causa (Testamente), lucrative onerose und gemischte.

Die speciellere Ausführung der Grundsätze von den Rechtsgeschäften führt in ein unendliches Detail von Bestimmungen, das namentlich im römischen Rechte außerordentlich reich entwickelt ist. Hier kann es sich natürlich nur darum handeln, den inneren logischen Bau der ganzen Lehre, der zu den einzelnen Bestandtheilen hinführt, klar zu legen. Er wird in der Regel verkannt, weil man nicht die positiven Bestandtheile der

Rechtsgeschäfte entwickelt, sondern nur die negativen Mängel ihrer Gültigkeit zusammenstellt. Der leitende Begriff für das Ganze ist der der Willenserklärung. Danach unterscheiden sich zunächst die wollenden Subjecte, der gewollte Inhalt, das Wollen selber und die Erklärung des Willens.

1) Die subjective Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften ist im allgemeinen nichts anderes als Willensfähigkeit. Man nennt sie Handlungsfähigkeit. Sie besteht aber nur in der Fähigkeit, einen wirklichen vernünftigen Willen zu fassen, also die rechtliche Bedeutung des Geschäftes zu beurtheilen und sich demgemäß frei zu entschließen. Die Willensfähigkeit wird beim Menschen natürlich erst allmählig in der Jugend entwickelt. Darum tritt die volle Handlungsfähigkeit erst mit der Volljährigkeit ein, in der infantia fehlt sie ganz, später ist sie wenigstens beschränkt. Vollständig aufgehoben wird sie wieder durch Geistesstörung, momentan auch durch Trunkenheit, Angst, Zorn u. a. Dem Wahnsinn ähnlich behandelt das römische Recht die Verschwendung. Außerdem kann das Gesetz aus irgend welchen Gründen auch anderen Personen die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften in größerem oder geringerem Umfange absprechen, wie z. B. Concursschuldnern, Ehefrauen, Haussöhnen in Betreff der Testamente u. a.

2) Der Gegenstand und Inhalt der Rechtsgeschäfte richtet sich natürlich ganz nach der Art und dem Zwecke der einzelnen Geschäfte und der Rechte, worauf sie sich beziehen. Eine allgemeine Unterscheidung der Bestandtheile des Inhalts ist die in essentialia, naturalia und accidentalia negotii. Die ersteren sind die, ohne die das Geschäft gar nicht oder nicht als solches bestehen kann; die zweiten die, die sich gesetzlich von selbst verstehen, die aber geändert werden können; die letzten sind willkürliche Zusätze.

3) Der eigentliche Kern, die Substanz der Rechtsgeschäfte, das was ihre Wirkung begründet, ist der Wille der betreffenden Personen. Der Inhalt der Rechtsgeschäfte ist nichts als der Inhalt des Willens. Der Wille bei Rechtsgeschäften ist daher kein besonderer, rein juristischer, sondern es ist der allgemeine natürliche, auf die Verfolgung der Interessen der Person gerichtete Wille, das Juristische liegt nur in der Beziehung auf die rechtliche Geltung. Darum bilden die allgemeinen Elemente des Willens auch die Erfordernisse des Rechtswillens und der Rechtsgeschäfte, und die Mängel und Beschränkungen des Willens bilden auch Mängel und Beschränkungen der Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Die allgemeinen Elemente des praktischen Willens sind nun folgende:

den Ausgang bildet das Bewußtsein äußerer Umstände, die den Menschen zu äußerer Thätigkeit veranlassen; dadurch wird

die Absicht, wirklich praktisch darin einzugreifen, hervorgerufen, und diese kommt dann

im Entschlusse zur wirklichen Selbstbestimmung, und vollendet damit den Willen.

Bewußtsein, Absicht und Entschluß sind somit die Elemente oder Stufen des Willens. Sie sind mangelhaft, wenn das Bewußtsein nicht richtig, die Absicht nicht ernstlich, der Entschluß nicht frei ist. Irrthum, Simulation und Zwang begründen daher Mängel des Willens und somit der Rechtsgeschäfte. Von den Mängeln des Willens verschieden sind seine Selbstbeschränkungen durch Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstige Modificationen seines allgemeinen Inhalts. Hiernach ergibt sich folgendes System:

a) Erfordernisse und Mängel.

α) Bewußtsein und Irrthum.

Aller Wille beruht auf dem Bewußtsein, man will, weil man sich die Verhältnisse in bestimmter Weise denkt. Sind sie daher anders, so ist der Wille mangelhaft. Doch ist ein Unterschied, ob der Irrthum wesentliche Bestandtheile des Rechtsgeschäftes betrifft, oder nur unwesentliche Nebenumstände. Im ersteren Falle ist der Wille innerlich wesentlich

anders, als er äußerlich erscheint, also in Wahrheit gar nicht so da, wie er für das Rechtsgeschäft erforderlich wäre. Folglich muß dieses wegen wesentlichen Mangels völlig nichtig sein. Beim unwesentlichen Irrthume ist der Wille dagegen an sich in den wesentlichen Elementen des Rechtsgeschäfts vollständig vorhanden, der Irrende würde nur nicht gewollt haben, wenn er nicht geirrt hätte. Hier muß das Rechtsgeschäft an sich gültig sein, und nur ausnahmsweise kann aus Billigkeit dem Irrenden gestattet sein, das Geschäft wieder zurückzunehmen.

β) Absicht und Simulation.

Ein Wille, der äußerlich erklärt wird ohne die innere Absicht wirklicher Geltung, also nur zum Schein oder Scherz oder im Schauspiel u. s. w., ist nur ein Scheinwille und kein wirklicher Wille, und kann daher kein Rechtsgeschäft begründen, natürlich sofern die Simulation äußerlich erkennbar und erweislich hervorgetreten ist.

γ) Entschluß und Zwang.

Wille ist Selbstbestimmung, also wesentlich freier Entschluß. Ein wirklicher directer innerer Zwang ist aber gar nicht möglich, sondern nur äußere Einwirkung durch Drohungen. Darum tritt auch beim Zwange keine Nichtigkeit des Geschäfts, sondern nur Anfechtbarkeit ein, außer etwa vom Standpunkte der Simulation oder der momentanen Willensunfähigkeit.

b) Selbstbeschränkungen des Willens.

α) Bedingungen.

Jeder Rechtswille wird durch die äußeren Verhältnisse veranlaßt. Sind alle Thatsachen, die seine Voraussetzungen bilden, bereits eingetreten, so wird der Wille einfach und definitiv gefaßt. Liegen einzelne noch in ungewisser Zukunft, so kann man sie abwarten, kann aber auch schon jetzt einen festen Entschluß fassen und erklären unter der Bedingung, daß sie eintreten. Bedingung ist die Abhängigmachung eines sonst fest und unwiderruflich erklärten Willens von dem Eintritte einer zukünftigen ungewissen Thatsache. Das Eigenthümliche bei der Bedingung ist die Verbindung von Festigkeit und Ungewißheit des Willens, also von Sicherheit und Zweifelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts. Der Wille selbst, sein Dasein, ist ungewiß; man will nur, wenn —, also nicht, wenn — nicht. Windscheid meint, nicht die Existenz des Willens, sondern des Gewollten sei von der Bedingung abhängig. Allein ein Wille ohne Gewolltes ist kein Wille, und soweit der Wille ein Product der äußeren Thatsachen ist, müssen die vergangenen und die zukünftigen dabei gleiche Bedeutung haben, auch kann man nicht sagen, daß dann der Wille erst zu einer Zeit perfect würde, wo gar nicht mehr gewollt würde. Die Bedingung schiebt das Wollen nicht auf, sondern macht es nur zweifelhaft; man will jetzt, wenn später —. Darum ist auch die Rückbeziehung der Bedingung in ihrem innersten Wesen begründet. Wirkliche objective Zweifelhaftigkeit ist natürlich aber nur bei zukünftigen ungewissen Thatsachen, bei vergangenen und gegenwärtigen können nur subjective Zweifel sein, und bei nothwendigen und unmöglichen gar keine. Diese alle können daher keine eigentliche Bedingungen bilden.

Das weitere Detail der Lehre, die Scheidung der factischen und rechtlichen, suspensiven und resolutiven, positiven und negativen Bedingungen, ihre Zulässigkeit, Erfüllung, Wirkung kann hier nicht weiter verfolgt werden.

β) Zeitbestimmungen.

Der Wille kann seinen Anfang oder seine Dauer an bestimmte Zeitfristen binden. Eigentlich ist auch hier die Existenz des Willens selber beschränkt. Allein da hier die Existenz an sich nicht zweifelhaft ist, so ist die Zeitbestimmung doch nur für die Wirksamkeit des Willens von Einfluß. Eben darum muß aber auch jede Zeitbestimmung, deren Eintritt ungewiß ist, als Bedingung behandelt werden.

γ) Modus.

Darunter versteht man im allgemeinen alle Beschränkungen des Willens in seinem Inhalte, also die Modificationen allgemeiner Bestimmungen durch Nebenverträge u. dgl., im engeren Sinne die Beschränkungen einseitiger Zuwendungen, namentlich Schenkungen, durch irgend welche Auflagen an den Empfänger.

4. Die Erklärung des Willens. Der Wille muß, um äußerlich zu gelten und zu wirken, auch äußerlich erklärt werden. In der Regel ist es gleichgültig, wie dies geschieht, in manchen Fällen ist jedoch eine bestimmte Form nöthig, in manchen sogar eine bestimmte äußere Solennisation oder Bestärkung.

a) Die Erklärung an sich kann geschehen

α) ausdrücklich, d. h. durch die allgemeinen Ausdrucksmittel der Gedanken, nämlich Worte, gesprochene oder geschriebene, und Zeichen, Schriftzüge, unarticulirte Laute, Körperbewegungen. Dabei ist es nach späterem römischem und heutigem Rechte in der Regel gleichgültig, in welcher Form und Weise die Erklärung geschieht, jedoch mit Ausnahmen, z. B. bei Testamenten, Ehe und sonst.

β) Stillschweigend durch s. g. concludente Handlungen, d. h. solche, die die reale Ausführung des Willens enthalten, aus denen daher auf sein Dasein mit Sicherheit zurückgeschlossen werden kann. Auch bloßes Schweigen kann als Willenserklärung, nämlich als Zustimmung zu fremden Handlungen gelten, jedoch nur dann, wenn in dem Nichtprotestiren eine Hinterlist oder besondere Unbilligkeit liegen würde.

b) Die äußere Solennisation kann in der Zufügung eines Eides, der Zuziehung von Zeugen oder der Mitwirkung einer Behörde bestehen.

§. 21. Ein besonderer Zusatz zu der Lehre von den Rechtsgeschäften wird durch die Zulassung der Stellvertretung bei ihnen begründet. Stellvertretung bedeutet im allgemeinen jede Vornahme von Handlungen, namentlich rechtlichen, für einen Anderen an seiner Stelle. Bei Rechtsgeschäften besteht die Vertretung daher darin, daß der Vertreter den betreffenden Entschluß und Willen für den Geschäftsherrn faßt und erklärt, und dieses dann rechtlich wie von dem Herrn selber geschehen gilt und wirkt. Die Vertretung ist hier also die Vornahme von Rechtsgeschäften für Andere mit der Absicht und der Wirkung, daß sie wie von diesen selber vorgenommen gelten. Zu trennen davon ist daher die bloße Vertretung bei der Erklärung, wenn der Geschäftsherr den Willen vollständig und speciell bestimmt faßt, und nur die Erklärung desselben durch einen Andern, einen Boten oder Dollmetscher, überbringen läßt. Der Bote ist redender Brief, das Geschäft als Willensact ist daher hier direct ohne Vertretung vorgenommen. Solche Erklärungen durch Boten sind in der Regel zulässig, schon nach römischem Rechte, nur ausnahmsweise ist unmittelbar persönliche Erklärung nöthig, z. B. bei der Ehe und Testamenten.

Die Hauptfrage ist nun, ob eine eigentliche Vertretung im obigen Sinne bei Rechtsgeschäften zulässig ist, und mit welchen Erfordernissen und Wirkungen. Das römische Recht ging ursprünglich von der Unzulässigkeit aller Vertretung aus. Man konnte sie nur dadurch vermitteln, daß der Vertreter die Geschäfte (sofern dies überhaupt möglich war) auf seinen Namen vornahm, und dann Recht und Pflicht daraus, soweit es ging, auf den Herrn übertrug. Später wurde bei Verträgen die Verpflichtung und Berechtigung des Herrn neben dem Vertreter zwar auch gesetzlich durch actiones utiles vermittelt, voller directer Erwerb durch den Vertreter aber nur bei Besitz und Eigenthum angenommen. Das heutige Recht ist aber entschieden weiter gegangen, und hat die directe Vertretung auch bei Verträgen angenommen und überhaupt als allgemeine Regel für alle Geschäfte aufgestellt, nur mit wenigen besonderen Ausnahmen bei Ehe, Testamenten u. a. Erforderlich dazu ist nur einerseits Auftrag vom Geschäftsherrn, oder bei Handlungsunfähigen

amtliche Beauftragung vom Gesetze, andererseits daß der Vertreter auch wirklich offen als Vertreter und auf den Namen des Herrn handelt, und den Auftrag nicht überschreitet. Bei Verträgen kommt dann noch hinzu, daß auch der andere Contrahent sich darauf einläßt. Unter diesen Voraussetzungen gilt das Geschäft direct als vom Herrn selber vorgenommen, so daß Recht und Pflicht daraus nur diesen treffen, und den Vertreter gar nicht. Fehlt eins dieser Erfordernisse, handelt man ohne Auftrag nur als negotiorum gestor für einen Andern, oder zwar mit Auftrag, aber ohne es zu sagen nur als s. g. stiller Vertreter, oder läßt sich der andere Contrahent nicht darauf ein, so gilt das Geschäft nur für den Handelnden selber. Verträge kann man aber auch in römischer Weise, d. h. zwar offen für den Anderen aber doch auf eigenen Namen, abschließen, und natürlich treten dann auch nur die römischen Wirkungen ein.

Sehr streitig ist die innere Begründung der modernen directen Vertretung. Puchta u. a. erklären sie auf Grundlage des römischen Rechts für eine logische Unmöglichkeit, weil der Contract des A nicht der des B sein könne. Mit der Annahme einer rechtlichen Fiction oder eines positiven Rechtssatzes reicht man dagegen nicht aus. Denn dem römischen Rechte liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß der psychische Willensact des Vertreters als solcher nie der des Herrn sein kann, und daß man einen fremden Willen in der Regel nicht ohne eigene Betheiligung wollen kann, namentlich in sittlicher und strafrechtlicher Beziehung nicht. Allein bei der willkürlichen Ordnung der Privatinteressen durch Rechtsgeschäfte, wo alle Rechtswirkung nur auf Grund des Willens eintritt, kann der Wille bei Uebernahme und Ausführung des fremden Willens und Interesses die Stellung eines bloßen Organes derselben ohne alle eigene Betheiligung einnehmen, und dann ist der Wille des Herrn in der That direct der eigentliche das Geschäft begründende Wille. Schon die Römer selbst sind auf dem Wege zu dieser freieren Auffassung gewesen.

2. Verjährung. §. 22. Unter den Erwerbs- und Verlustgründen der Rechte, die nicht sowohl auf der inneren Natur der einzelnen Rechte selber, als auf äußeren Nützlichkeitsrücksichten beruhen, ist der wichtigste und weitgreifendste die s. g. Verjährung, d. h. der Erwerb oder Verlust von Rechten durch fortgesetzte Ausübung oder Nichtausübung. An sich ist das Recht unabhängig von der Zeit. Rechte hören an sich dadurch nicht auf, daß sie eine Zeit lang nicht ausgeübt oder geltend gemacht werden, widerrechtliche Zustände werden dadurch nicht rechtlich, daß sie längere Zeit fortdauern, „hundert Jahre Unrecht geben noch keine Stunde Recht." Indessen entspricht diese abstracte Consequenz der einzelnen Rechte dem allgemeinen praktischen Zwecke des Rechts nicht. Das Recht ist nicht dazu da, logische Kategorien durchzuführen, sondern das sociale Zusammenleben der Menschen fest zu ordnen, damit ein jeder seinen Lebenszwecken und Interessen sicher nachgehen könne. Von diesem Standpunkte aus tritt die Zeitlosigkeit der Rechte mit der zeitlichen Existenz der Menschen, dem beständigen Wechsel ihrer Verhältnisse und der Endlichkeit ihres Wissens in schneidenden Widerspruch, und hebt die Sicherheit und Festigkeit der Rechtsordnung fast vollständig auf. Vielfach können die einzelnen Personen zwar selber durch autonomische Aufstellung von zeitlichen Schranken für Rechtsverhältnisse Hülfe schaffen, ebenso können Gericht und Gesetz einzelne Befugnisse gleich mit zeitlichen Schranken constituiren. Indessen reicht dies nicht aus, das Recht muß vielfach allgemeiner, und auch bei den an sich zeitlich unbeschränkten Rechtsverhältnissen, das Princip durchführen, daß die Zeit das concrete Rechtsleben beherrscht und Rechte geben und nehmen kann.

Dies ist das Princip der Verjährung, das namentlich im römischen Rechte mit großer Vollständigkeit durchgeführt ist. Indessen hat das römische Recht, der praktischen

Art seiner Entwickelung zufolge, keinen allgemeinen Begriff von Verjährung mit allgemeinen Grundsätzen aufgestellt, sondern das Princip nur in verschiedener und selbstständiger Weise bei einzelnen Verhältnissen angewendet und ausgebildet. Es beruhen darauf:

1) der Erwerb des Eigenthums durch langjährigen Besitz in gutem Glauben;

2) der Erwerb der Servituten durch langjährigen Besitz ohne Fehler;

3) der Verlust der Servituten durch Nichtausübung und usucapio libertatis;

4) der Verlust der Klagerechte bei Nichterhebung binnen kürzerer oder längerer Zeit;

5) der Rechtserwerb durch unvordenkliche Zeit bei öffentlichen Wegen und Wasserleitungen und bei der aqua pluvia.

Die Römer stellen weder einen gemeinsamen Namen, noch ein gemeinsames Princip für diese fünf Verhältnisse auf, doch heben sie beiläufig das Utilitätsprincip der Gewißheit des Eigenthums und der Sicherheit vor alten Forderungen hervor. Im Mittelalter hat man aber schon früh angefangen, jene Verhältnisse in einen Begriff zusammenzufassen, diesen mit dem Worte praescriptio zu bezeichnen, diese in acquisitiva und extinctiva einzutheilen, und sie aus einem allgemeineren Principe abzuleiten. Man schwankte stets zwischen dreien: stillschweigendem Verzichte, Präsumtion eines eigentlichen Erwerbs- oder Verlustgrundes, und Strafe der Vernachlässigung der Rechte. Alle drei sind einseitig und ungenügend, und passen weder zu der Gestalt, die die Verjährung im römischen Rechte hat, noch zu den Forderungen, die das moderne praktische Bedürfniß stellt. Dieses fordert wegen des rascheren Wechsels des modernen Lebens namentlich kürzere Fristen als die römischen; dazu passen die obigen drei Ideen nicht, sondern nur die römische der objectiven Sicherung des Verkehrs.

C. Der Schutz des Rechts.

I. Allgemeine Natur.

§. 23. Die subjectiven Rechte stehen ihrem Begriffe und dem ganzen Wesen des Rechts zufolge unter dem Schutze des Staats. Der Staat hat in ihrem Schutze sein eigenes objectives Recht zu schützen und dessen Geltung und Herrschaft zu erhalten. Der Begriff dieses Rechtsschutzes schließt aber in seinem vollen Umfange Folgendes in sich. Der eigentliche directe Schutz eines Rechts kann in nichts anderem bestehen, als in der Erzwingung der Pflicht, die dem Rechte entspricht. Es ist falsch, ihn als Aufhebung der Verletzung des Rechts zu bezeichnen. Der Verletzte hat zwar stets ein Recht, die Aufhebung der Verletzung (Restitution, Schadensersatz) zu verlangen, allein dieses Recht ist ein anderes, als das verletzte, es tritt zu ihm hinzu oder an seine Stelle (man kann es ein secundäres nennen), und bedarf selber wieder des Schutzes und Zwanges, wenn der Verpflichtete die demselben entsprechende Pflicht nicht erfüllt. Ob übrigens der Berechtigte die Erzwingung der Pflicht vom Staate verlangen will, steht in allen Fällen bei ihm, der Staat schreitet nicht von selbst ein, sondern nur, wenn der Berechtigte sich bei ihm über die Nichterfüllung der Pflicht beklagt. Insofern erscheint das Recht auf Erlangung des directen Staatsschutzes als Klagerecht.

Mit der Zulassung und Durchführung der Klagen ist der eigentliche reine Rechtsschutz vollendet, das Recht an sich gibt dem Berechtigten weiter keinen Anspruch. Und doch wäre damit der eigentliche Zweck alles Rechts, die Sicherung der menschlichen Lebensinteressen, noch sehr unvollständig erreicht. Der Schutz durch Klage fordert zu seiner Wirksamkeit beim Kläger den Beweis seines Rechts, beim Verklagten die Möglichkeit seine

Pflicht zu erfüllen. Er führt daher unendlich oft zu keinem Resultate, und bei bereits geschehenen Verletzungen des Rechts vielfach nur zu einem magern Schadensersatze. Will der Staat daher nicht blos das abstracte Recht, sondern in ihm die Interessen selber wirksam schützen, so muß er seinen Rechtsschutz nicht blos in correctiver, sondern auch in präventiver Weise ertheilen, er muß Rechtsverletzungen und Verluste verhindern, Klagen unnöthig machen. Im allgemeinen ist es zwar Sache der einzelnen Personen selber, für Beweis und Sicherung ihrer Rechte zu sorgen. So weit es indessen die Kräfte der Einzelnen übersteigt, hat auch hier der Staat die Aufgabe, die Interessen der Gesammtheit zu vertreten. In gewisser Weise bewirkt indirect schon die Strafjustiz einen solchen Schutz, insofern sie durch ihre Strafen von Verbrechen abschreckt, doch ist dies nur Folge, nicht Princip bei ihr. Unmittelbar dienen dazu aber vom polizeilichen Standpunkte aus die Sicherheitspolizei durch ihr Streben nach möglichster Verhinderung von Verbrechen, und vom rechtlichen Standpunkte aus die s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit, d. h. die Handhabung von Einrichtung und Maßregeln zur Sicherung des Beweises und der Realisirung der Rechte und Rechtsgeschäfte, wie z. B. Grund= und Hypothekenbücher, gerichtliche Mitwirkung bei Rechtsgeschäften u. a., und außerdem die vormundschaftliche Sorge für Personen und Vermögen.

Dagegen muß durch die volle Gewährung des Staatsschutzes die Anwendung der Eigenmacht und Selbsthülfe zum Schutze und zur Durchsetzung der Rechte in engere Grenzen beschränkt werden, ohne jedoch darum ganz ausgeschlossen zu werden. Zur Vertheidigung gegen widerrechtliche Angriffe ist Anwendung von Gewalt stets erlaubt. Und auch aggressive Selbsthülfe ist durchaus nicht allgemein verboten. Das römische Recht verbietet und bestraft nur Selbsthülfe durch eigenmächtige Besitzentziehung bei dinglichen Rechten, und durch gewaltsame Bewirkung von Zahlung bei Obligationen. Die heutigen Strafgesetzbücher haben vielfach gar keine besonderen Strafen der Selbsthülfe mehr. Sie ist also meistens nur insoweit verboten, als sie durch an sich unerlaubte Mittel geschieht.

II. Die Klage.

§. 24. Nur der directe Schutz der Rechte, der durch Klage erlangt wird, ist hier in der Theorie der Rechte weiter auszuführen. Das Wort Klage bedeutet eigentlich die Handlung des Klagens oder Sichbeklagens, also die Erhebung einer rechtlichen Beschwerde über Jemand bei Gericht. Indessen ist es von der Handlung des Klagens auf das Recht zum Klagen übertragen, Klage bedeutet auch Klagerecht. Dies ist die privatrechtliche Bedeutung des Worts, das andere die processualische. Auch das römische Wort actio hat diese doppelte Bedeutung.

Die Klage als Klagerecht ist also das Recht auf den directen Staatsschutz für ein Recht, d. h. auf Erlangung des gerichtlichen Zwanges gegen den Pflichtigen zur Erfüllung seiner Pflicht, somit das Recht der gerichtlichen Geltendmachung, Durchsetzung, Verfolgung, Einklagung des Rechts, wie die Römer sagen, das ius persequendi iudicio, quod sibi debetur. Die wirkliche Klage ist dann das Mittel zur Erlangung dieses Rechtsschutzes und wird insofern ein Rechtsmittel (remedium iuris) genannt.

Wenn die Klage hiernach nichts anderes ist, als die Erzwingung der dem Rechte entsprechenden Pflicht, so muß sie je nach der Verschiedenheit der Rechte und Pflichten auch eine verschiedene Gestalt annehmen. Allgemeine gleichmäßige Voraussetzungen sind nur:

1) daß die Pflicht zur Erfüllung wirklich da ist, nicht etwa noch bedingt oder befristet;

2) daß die Erfüllung möglich ist; zu Unmöglichem kann man nicht gezwungen werden, dann kann höchstens ein secundäres Recht auf Schadensersatz begründet sein und eingeklagt werden;

3) daß die Erfüllung factisch nicht geschieht; wenn der Pflichtige freiwillig erfüllt, kann er nicht gezwungen werden. Warum er aber nicht erfüllt, ob bona oder mala fide, ob aufgefordert oder nicht, ist gleichgültig.

Neben diesen gleichmäßigen Erfordernissen der Klagen sind nun folgende Hauptunterschiede unter ihnen:

1) Am einfachsten tritt die Natur der Klage bei den gewöhnlichen Obligationen auf positive Leistungen hervor. Hier entspricht dem Rechte einfach die Pflicht des Schuldners, die Leistung vorzunehmen. Thut er es nicht, so kann ihn der Gläubiger verklagen, d. h. verlangen, daß das Gericht ihn zur Erfüllung zwingt. Dieses, aber auch weiter nichts, ist die Klage und das Klagerecht. Hat der Schuldner dabei durch culpa oder mora eine weitere Rechtsverletzung begangen, so hat der Gläubiger daraus ein weiteres secundäres Recht auf Schadensersatz, und insofern eine weitere neue Klage, die jedoch als bloßes Surrogat des Hauptrechts einfach mit der Klage aus diesem verbunden wird.

2) Etwas anders erscheint die Klage schon bei den Obligationen auf Unterlassungen, d. h. darauf, daß der Schuldner etwas nicht thue. Die Erfüllung der Pflicht besteht hier im Nichtthun, folglich die Nichterfüllung im Thun. Dieses obligationswidrige Thun enthält nun aber stets eine positive Rechtsverletzung, und daher scheint es, als ob diese hier die Klage begründe. Indessen muß man auch in dem Thun die Rechtsverletzung und die Nichterfüllung der Obligation unterscheiden. Das Thun als Rechtsverletzung begründet auch hier wie sonst nur ein secundäres Recht und Klage auf Schadensersatz. Verschieden davon ist aber die Klage auf Erfüllung der Pflicht, d. h. auf Unterlassung des Thuns. Diese ist bei Obligationen, die auf das Nichtthun einzelner getrennter Handlungen gehen, gar nicht möglich, weil das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden kann, und das Zukünftige noch nicht da ist. Hier ist also nur eine secundäre Klage auf Schadensersatz möglich. Bei Obligationen auf fortgesetztes Nichtthun, namentlich Nichthaben, läßt sich aber auch eine Klage auf Erfüllung begründen, der richterliche Zwang besteht dann in einem Verbote des ferneren Thuns bei Strafe.

3) Bei den dinglichen Rechten, namentlich dem Eigenthume, entspricht dem Rechte gleichfalls eine negative Pflicht, nämlich die allgemeine aller Menschen, die Herrschaft des Eigenthümers über die Sache nicht zu stören, also namentlich die Sache nicht zu beschädigen, und sie dem Eigenthümer nicht vorzuenthalten. Es versteht sich, daß die Negativität der Pflicht hier ähnliche Erscheinungen hervorrufen muß, wie bei den negativen Obligationen. Ihre Nichterfüllung kann hier wie dort nur durch positives Thun geschehen, also durch Beschädigung der Sache oder Vorenthaltung ihres Besitzes. Insofern scheint auch hier die Begründung der Klage wesentlich auf einer positiven Rechtsverletzung zu beruhen. Man hat daher grade von hier aus die ganze Verletzungstheorie abgeleitet, oder wenigstens einen wesentlichen Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen darauf gegründet. Allein offenbar steht die dingliche Klage in dieser Beziehung mit der aus negativen Obligationen auf gleichem Boden. Man muß hier wie dort die positive Rechtsverletzung und die negative Nichterfüllung der Pflicht unterscheiden. Die erstere begründet hier wie überall secundäre Rechte auf Schadensersatz, die Eigenthumsklage an sich beruht dagegen wie alle Klagen nur auf der Nichterfüllung der entsprechenden Pflicht. Wäre die Verletzung des Eigenthums als solche der Grund der Klage, so wäre nicht abzusehen, warum bei Beschädigung und Zerstörung der Sache nicht die Eigenthumsklage, sondern nur eine Schadensersatzklage stattfindet. Daß dagegen Klage auf Erfüllung einer

Pflicht nur bei fortwährender Nichterfüllung möglich ist, versteht sich von selbst, dies ist aber nur bei der Verletzung durch Besitz der Sache. In dem Besitze der fremden Sache ist zu unterscheiden: das Negative, die Nichterfüllung der dinglichen Pflicht, und das Positive, das Haben und Benutzen der fremden Sache. Das erste begründet die dingliche Klage auf Erfüllung der Pflicht, d. h. auf Herausgabe, oder genauer Nichtvorenthaltung der Sache, und dabei ist es einerlei, ob der Besitzer bona oder mala fide ist, und ob die Sache gefordert ist oder nicht. Das zweite ist die Rechtsverletzung und begründet die secundären Rechte daraus, aber natürlich nur, wenn der Besitzer mala fide ist, oder trotz Forderung die Sache behält. In allen diesen Beziehungen sind also die dinglichen Klagen von den persönlichen nicht wesentlich verschieden. Ihre Eigenthümlichkeit beruht aber auf der Absolutheit des dinglichen Rechts, und daß daher die ihm entsprechende Pflicht eine allgemeine aller Menschen ist. Daraus folgt, daß auch die Nichterfüllung derselben von jedem Menschen geschehen kann, und daß darum dann auch die Klage gegen jeden, der nicht erfüllt, angestellt werden kann. Darin liegt, daß während bei den Obligationen das Recht in der Klage aufgeht, hier neben der Klage gegen den Störer das dingliche Recht und der „Anspruch" auf Nichtstörung gegen alle übrigen bestehen bleibt.

4) Bei den Zustandsrechten kann die Klage eine verschiedene Gestalt annehmen. Dem Rechte entspricht hier wieder eine allgemeine Pflicht Aller, den Zustand anzuerkennen und nicht zu stören. Die Anerkennung reducirt sich natürlich auf ein Nichtbestreiten und dieses wird durch einen Ausspruch des Richters über das Dasein des Zustandes von selbst erledigt. Der Ausspruch ist meistens Vorentscheidung für weitere Rechte, und heißt daher prae-iudicium, die Klagen danach Präjudicialklagen. Reale Störungen des Zustandes begründen aber ähnlich wie bei den dinglichen Rechten entweder nur secundäre Rechte und Klagen auf Strafe oder Schadensersatz, oder directe Klagen auf Unterlassung der Störung, z. B. wenn einem Vater sein Kind vorenthalten wird.

Bestimmt man hiernach das Verhältniß des Klagerechts zu dem Rechte an sich, aus welchem geklagt werden soll, so ergibt sich, daß es in gar keiner Weise ein materiell neues Recht ist, was neben das alte oder an dessen Stelle träte, vielmehr ist es gar nichts anderes, als das Recht, das Recht an sich gerichtlich geltend zu machen und durchzusetzen, das römische ius persequendi iudicio. Das Klagerecht ist nur die concrete Klagbarkeit des Rechts an sich, die Klage ist nur die Einklagung des Rechts an sich. Sie ist nur ein selbstständig gesetztes Element des Rechts an sich, und zwar das Element, worin die eigentlich rechtliche Kraft, die reelle zwingende Macht des Rechts an sich, hervortritt. Ein Recht ohne Klage ist nur ein unvollkommenes Recht, eine Klage ohne ein Recht ist aber gar nicht möglich. Eben darum begründet die Eintheilung der Rechte in dingliche, persönliche u. s. w. von selbst auch eine gleiche Eintheilung der Klagen. Eine Differenz zwischen Recht und Klage ist daher bei an sich klagbaren Rechten nur möglich:

1) insofern nicht geklagt werden kann, so lange das Recht bedingt oder befristet ist, und so lange die entsprechende Pflicht erfüllt wird. Aus letzterem folgt namentlich, daß bei absoluten Rechten die Klage doch immer nur relativ erscheint;

2) insofern mitunter nur die Einklagung eines Rechts auf Andere übertragen werden kann, nicht aber das Recht an sich, z. B. bei der Cession der Eigenthums- oder Erbschaftsklage. Das römische Recht nimmt scheinbar auch passiv bei Obligationen mitunter eine Einklagung gegen einen Anderen als den Verpflichteten an, so gegen seinen Bürgen, Vater, Geschäftsherrn. Der Sache nach liegt indessen dabei accessorische eigentliche Verpflichtung zu Grunde.

Schließlich soll nicht übergangen werden, daß über das Wesen der Klage in unserer

Theorie keineswegs Uebereinstimmung herrscht. Mehrfach hat man den Begriff ganz verworfen, namentlich im Preußischen Landrechte. Man sah in der Scheidung der Klagearten nur römischen Formalismus, und erkannte nicht, daß darin nur die Individualisirung der Rechte und der rechtlichen Standpunkte, aus denen man klagen kann, liegt.

§. 25. Die Bestimmungen über Entstehung und Untergang der Klagerechte ergeben sich im allgemeinen aus der Bestimmung des Begriffes der Klage von selbst, nur zwei Arten des Unterganges sind besonders hervorzuheben, Tod und Verjährung. Schon die Römer stellen beide zusammen, und in Folge davon ist es auch bei uns geschehen. Erst in neuerer Zeit hat man es für sinnlos erklärt, die Unvererblichkeit der Klagerechte von der der anderen Rechte zu trennen. Indessen hat die römische Auffassung ihren guten Grund darin, daß bei den unvererblichen Klagen die zu Grunde liegenden Rechte an sich ihrer Natur nach wohl vererblich sind, und nur ihre Einklagung bei den Erben unpassend erscheint. Es sind nur wenige Fälle. Activ ist die Vererbung nur bei der s. g. actiones vindictam spirantes ausgeschlossen, d. h. Klagen, die zwar im Resultate auf Geld gehen, die aber ihrem Grunde nach „magis vindictae quam pecuniae habent persecutionem", wie die Klagen bei Injurien, Widerruf von Schenkungen, lieblosen Testamenten, Ehescheidungsstrafen. Passiv ist die Vererbung bei den Delictsklagen ausgeschlossen oder beschränkt. Daß der Erbe für die Delicte seines Erblassers bestraft werde, hat keinen Sinn. Dies muß im allgemeinen auch für Geldstrafen gelten, und zwar bei Privatdelicten so gut wie bei öffentlichen, nur gehen Privatklagen schon nach der Litiscontestation auf die Erben über, während bei Criminalanklagen nur die Execution nach dem Urtheile übergeht. Den Schadensersatz aus Delicten sieht das römische Recht auch wie eine Art Strafe an, und läßt daher die Klage darauf gegen die Erben nur wenn und soweit eine Bereicherung aus dem Delicte auf sie gekommen ist, zu. Das kanonische Recht sah die Ersatzpflicht als religiöse von der Kirche zu erzwingende Pflicht an. Das deutsche Recht sieht sie als Last der Erbschaft an, die aber nie deren positiven Betrag übersteigen kann.

Wichtiger ist die Aufhebung der Klagen durch Verjährung. Alle Klagen erlöschen, wenn sie binnen bestimmter, längerer oder kürzerer Zeit nicht angestellt werden, der Verklagte kann sie nachher mit der Verjährungseinrede zurückweisen. Die Klagenverjährung ist eine Art der s. g. Extinctivverjährung, sie beruht daher wie alle Verjährung nicht auf dem Principe von Verzicht, Präsumtion oder Strafe, sondern hat lediglich die objective Sicherung der Lebensverhältnisse zum legislativen Grunde. Die Sicherheit bezieht sich aber nicht nur auf alte vergessene Ansprüche von den Vorfahren her, sondern man soll bei den kleinen Verhältnissen des täglichen Lebens schon nach kurzer Zeit gegen Ansprüche gesichert sein, um nicht bei allen möglichen Verhältnissen für die Erhaltung der eventuellen Vertheidigungsmittel und Gegenbeweise sorgen zu müssen. Die Verjährungszeiten sind daher außerordentlich verschieden. Die Regel sind 30, unter Umständen 40 Jahre, für die zuletztgenannten Fälle aber $1/2$—5 Jahre. Das specielle Maß ist natürlich an sich völlig unbestimmt, und kann nach freiem Ermessen des Gesetzgebers dem Bedürfnisse des Lebens gemäß geordnet werden. Dabei hat die Gegenwart mit ihrem hastigen Treiben natürlich eine Tendenz zu kurzen Fristen. Die römischen 30 Jahre sind zwar als Regel festgehalten, doch sind sie z. B. in neueren preußischen Gesetzen für eine Menge Fälle auf zwei oder vier Jahre herabgesetzt. Immer aber hat die Verjährung nur das Interesse des Verklagten zum Zwecke, nicht das öffentliche. Das Princip ist nicht etwa, daß die Gerichte vor der Verhandlung alter Processe geschützt werden sollen. Die Verjährung ist ein Theil des Privatrechts, nicht des Proceßrechts. Darum darf der Richter sie nicht von Amts wegen geltend machen, und sie ist nicht nach den Gesetzen des Orts des

Processes, sondern des Klagerechts zu beurtheilen. Auch sind Verträge darüber unter den Parteien zulässig. Sie können zwar die Verjährungszeiten nicht eigentlich verlängern oder verkürzen, können aber als Fristverträge und Verzichte gelten.

In der Verjährung des Klagerechts ist eine Aufhebung des zu Grunde liegenden Rechts an sich nicht nothwendig enthalten. Bei den dinglichen Rechten tritt dies durch das Verhältniß der Relativität der Klage und der Absolutheit des Rechts deutlich hervor. Bei den Obligationen muß allerdings, sofern Recht und Klage relativ sind, die volle Durchführung der Verjährung der Klage alle Wirkungen des Rechts ebenso vollständig aufheben wie bei anderen peremtorischen Einreden. Man sagt deshalb, mit der Klage verjähre hier nothwendig das Recht selbst. Indessen ist die Fortdauer des Rechts an sich mit praktischen Folgen auch hier nicht nur möglich, sondern auch nicht so zweckwidrig, wie man oft meint. Sie ist bei Obligationen mit actio in rem scripta (die man hier meistens nicht beachtet) keinenfalls irgendwie zweckwidriger und selbst mit neuer Klage, als beim Eigenthum. Aber selbst bei gewöhnlichen Obligationen ist die strenge Durchführung des Verjährungsprincipes zwar im römischen Rechte wohl angenommen, aber an sich keineswegs so nothwendig, wie man oft meint, namentlich bei den kurzen Verjährungen. Nur jede Art Zwang gegen den Schuldner muß ausgeschlossen werden, daher namentlich Compensation und Haftung der Bürgen und Pfänder. Dagegen Zahlung, Anerkennung, Constituirung verjährter Schulden für unwirksam zu erklären, ist leere Consequenzmacherei. Verjährte Schulden stehen den gezahlten an sich und in der Volksmeinung nicht gleich, und mit gutem Grunde ist daher in neueren Gesetzbüchern die Rückforderung der Zahlung bei verjährten Schulden ausgeschlossen. (Vgl. unten §. 46.)

Die Erfordernisse der Klagenverjährung sind einfach, daß der Berechtigte klagen konnte und doch nicht geklagt hat. Das erstere ist, wenn das Klagerecht angefangen hat (actio nata), was ganz nach dem obigen Begriffe von Klage zu bestimmen ist, und der Anstellung auch keine besondere rechtliche Hindernisse entgegenstanden. Ob der Berechtigte sein Recht kannte oder nicht, ist gleichgültig, ebenso ob der Verpflichtete seine Pflicht kannte. Unterbrochen wird die Verjährung durch reale Anerkennung des Rechts vom Verpflichteten, und Anstellung der Klage vom Berechtigten. Bloßes Mahnen und Protestiren hilft nicht.

§. 26. Jedem Klagerechte liegt ein Recht an sich zu Grunde, und bildet daher mit seinem Entstehungsgrunde den Rechts- und Entstehungsgrund der Klage. Zur Begründung jeder Klage gehören daher bestimmte Thatsachen, die nach bestimmten Rechtssätzen das eingeklagte Recht geben. Insofern ist auch die Vertheidigung gegen eine Klage möglich, entweder durch bloßes Leugnen und Bestreiten der Thatsachen oder Rechtssätze der Klage oder der daraus gezogenen Schlüsse, oder auch durch positive neue Gegenbehauptungen, die die Behauptungen der Klage entkräften. Alle diese letzteren nennt man im allgemeinen Einreden (exceptiones), doch ist ihre rechtliche Natur sehr verschieden. Sie können enthalten:

1) Bloße Motivirungen des Leugnens. So, wenn man mit dem Leugnen der Klagethatsachen die Behauptung einer direct widersprechenden Thatsache verbindet, wie bei der s. g. exceptio alibi und rei non sic sed aliter gestae. Ebenso wenn man den Rechtssätzen der Klage eine Gegendeduction entgegensetzt, s. g. Einrede des fehlenden Klagegrundes.

2) Directe Bemängelung des klägerischen Rechts, so bei allen Thatsachen, die seine Entstehung hinderten, wie Wahnsinn, Simulation, oder seine Aufhebung begründeten, wie Zahlung, Usucapion. Die Römer nennen dies ipso iure nullum oder solutum. Genau

genommen sind die ersteren stets Negation eines präsumirten Erfordernisses der Entstehung, die letzteren Negation der präsumirten Fortdauer und jetzigen Existenz des Rechts.

3) Selbstständige Thatsachen, die das an sich vorhandene Recht des Klägers indirect unwirksam machen, und die Klage ausschließen, sei es aus Gründen der Billigkeit oder nach besonderen Gesetzen. Nur diese Einreden heißen bei den Römern exceptiones. Bei uns nennt man sie Einreden im eigentlichen Sinne. Sie können theils auf selbstständigen Gegenrechten des Verklagten beruhen, wie die exceptio hypothecaria gegen die Vindication, oder auf bloßen thatsächlichen Elementen des klägerischen Rechts selber, die dasselbe entkräften, wie bei exceptio metus, doli, Velleiani, oder auf später eintretenden Umständen, wie Verjährung.

Die Haupteintheilung der Einreden ist in dilatorische und peremtorische, je nachdem sie die Klage nur auf eine Zeit lang zurückweisen oder für immer ausschließen.

Gegen die Einreden ist eine eben solche Vertheidigung möglich, wie gegen die Klage. Dadurch entsteht der Begriff der Repliken; gegen die wieder Dupliken möglich sind, u. s. w.

III. Der Proceß.

§. 27. Die wirkliche Durchführung der Klagen vor Gericht geschieht in einem festen gesetzlich geordneten Verfahren, dem s. g. Civilproceß. Die Lehre davon bildet aber einen eigenen Theil der Rechtswissenschaft, der unten selbstständig dargestellt werden wird. Hier ist daher nur der Einfluß, den der Proceß, sein Anfang und sein Ende, auf das eingeklagte Recht hat, anzuführen.

Die Wirkungen des Anfanges des Processes sind folgende:

1) Der Kläger hat wirklich Klage erhoben, daher können die Folgen der Unterlassung der Klage, nämlich Untergang durch Tod und Verjährung nun nicht mehr eintreten. Bei Wahlrechten ist die Wahl nun definitiv entschieden.

2) Der Verklagte weiß jetzt, daß ein Anspruch ernstlich gegen ihn erhoben wird. Er kommt dadurch nicht gerade nothwendig in mala fides, allein er muß sein Recht jetzt jedenfalls als zweifelhaft ansehen, ist daher nun zur Sorgfalt in Betreff des Streitgegenstandes verpflichtet, und seine Bestreitung des klägerischen Rechts, falls es sich beim Urtheile als begründet erweist, darf ihm, so weit möglich, keinen Vortheil und dem Kläger keinen Nachtheil bringen. Er wird daher eventuell verpflichtet, dem Kläger an Früchten, Zinsen u. s. w. zu ersetzen, was dieser gehabt haben würde, wenn der Verklagte seine Pflicht gleich erfüllt und nicht gestritten hätte.

3) Beide Parteien legen den Streit dem Richter zur Entscheidung vor. Daher muß das jetzige Dasein oder Nichtdasein des behaupteten Rechts über den Ausgang des Streits entscheiden. Erwerb oder Verlust desselben während des Processes muß im allgemeinen ohne Einfluß sein, jedoch mit einzelnen Modificationen.

Als Zeitpunkt des Proceßanfanges sah das ältere römische Recht nur die s. g. litis contestatio an, d. h. die Zeugenaufrufung nach Feststellung des Streitverhältnisses. Im neueren römischen und im heutigen Rechte zerfällt der Anfang in die drei Zeitpunkte, Einreichung der Klage beim Gerichte, Mittheilung derselben an den Verklagten, und definitive Erklärung desselben über den Anspruch. Die letztere vertritt danach die alte Litiscontestation, doch sind von den obigen Wirkungen derselben die beiden ersten Arten auf die Klagemittheilung zurückverlegt.

§. 28. Der eigentliche Rechtsstreit der Parteien wird **beendigt durch das Urtheil**, Erkenntniß, sententia.

Dieses ist nicht als Ausspruch über das ganze Rechtsverhältniß der Parteien zu denken, sondern nur als Entscheidung darüber, ob die Klage des Klägers begründet war oder nicht. Es kann daher stets nur entweder Zuerkennung oder Aberkennung der Klage enthalten, also Verurtheilung oder Freisprechung des Verklagten, condemnatio oder absolutio. Eine Verurtheilung des Klägers gegen den Verklagten kann nur durch Widerklage des letzteren begründet werden.

Das richterliche Urtheil ist an sich eine Entscheidung und Verfügung einer Staatsbehörde wie andere, indessen unterscheidet es sich von allen anderen wesentlich dadurch, daß es, sobald es nicht mehr durch s. g. ordentliche Rechtsmittel angefochten werden kann, eine ganz besondere Kraft der Unumstößlichkeit erlangt, die s. g. Rechtskraft, die bei Administrativ-Entscheidungen und Verfügungen nie möglich ist. Rechtskräftige Erkenntnisse sind, abgesehen von Nullitäten und Restitutionen, absolut unveränderlich, weder der Richter noch die Parteien können sie ändern oder aufheben. Zuerkannte Rechte können nicht mehr bestritten, aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden. Der innere Grund dieser Rechtskraft ist nicht die Idee, daß das Urtheil als Entscheidung des Staates als absolut richtig und wahr gelten oder wenigstens fingirt werden müsse, sondern an sich nur das negative und formelle Princip, daß ein Streit zwischen zwei Parteien nicht ewig dauern und stets wiederholt werden darf, sondern einmal ein bestimmtes Ende haben muß. Nur versteht sich, daß insoweit, als der fernere Streit unter den Parteien ausgeschlossen ist, für sie der Inhalt des Urtheiles als wahr gelten oder fingirt werden muß. Die Fiction der Wahrheit bei der Rechtskraft ist also nie eine absolute, sondern stets nur eine relative unter den Proceßparteien, nur mit Ausdehnung auf ihre Successoren und gewisse secundär mitbetheiligte Personen, wie Bürgen, Miteigenthümer u. a.

Unter den Parteien selber aber begründet das rechtskräftige Urtheil stets vollständig formelles Recht, jedoch nicht für alles, was in dem Erkenntnisse und seinen Gründen steht, sondern nur für den eigentlichen Inhalt des Urtheils, die Zu- oder Aberkennung von Rechten.

1) Zuerkennung von Rechten ist nur für den Kläger möglich, und zwar nur für das eigentlich eingeklagte Recht, nicht für andere nur präjudiciell oder sonst damit in Verbindung stehende Rechte. Bei jenem begründet die Zuerkennung zunächst stets ein Präjudiz für weitere davon abhängige Rechte, und dann bei Verurtheilung des Verklagten die s. g. Judicatsobligation mit dem Rechte auf Execution. Dieses ist keine eigentlich neue Obligation, die durch Novation an die Stelle der alten träte, sondern die alte selber in ihrer formellen Feststellung durch das Urtheil. Daher kommt dabei einerseits als Obligationsgrund nur noch das Urtheil in Betracht, andererseits bleiben aber die Accessionen der alten Obligation auch bei der neuen. Das darauf beruhende Recht zur Execution und seine Ausführung gehört zum Civilprocesse.

2) Bei aberkannten Rechten entsteht für den Gegner die Einrede der Rechtskraft gegen jede gerichtliche Wiederholung derselben durch Klage oder Einrede. Dies gilt für beide Parteien in Betreff der Rechte, die den directen Gegenstand des Streites bilden, also nicht blos für die Aberkennung der Klage, sondern auch die der Einreden und auch für die Aberkennung von Besitz und Eigenthum und ähnlichen Rechten, die in der Zuerkennung dieser Rechte an den Kläger von selbst enthalten ist. Bei allen Rechten dagegen, die nur indirect als Vor- oder Nebenfragen bei dem Urtheile in Betracht kommen, findet eine eigentliche Aberkennung mit Rechtskraft nicht statt, wenn sie auch in den Ent-

scheidungsgründen mit besprochen und für unbegründet erklärt sind. Man darf der Einrede der Rechtskraft nicht, wie Savigny will, das Princip zu Grunde legen, dem Inhalte eines Urtheils dürfe überhaupt ein späteres Urtheil nicht widersprechen.

IV. Die Restitution.

§. 29. Die ganze Anwendung der Grundsätze über Erwerb und Verlust der Rechte und über ihre Geltendmachung erleidet im römischen Rechte eine eigenthümliche Modification durch den Begriff der restitutio in integrum, d. h. der außerordentlichen Wiedereinsetzung in einen unbilligerweise verlorenen Rechtszustand. Der Begriff beruht im allgemeinen auf dem Gegensatze von Recht und Billigkeit, hat aber seine Eigenthümlichkeit in der besonderen rechtlichen Form, in der die Billigkeit hier geltend gemacht wird. Während dies in der Regel durch Zulassung von Ausnahmen im Gesetze oder durch Anordnung gewöhnlicher Rechte mit Klagen geschieht, ist hier dem Richter das Recht gegeben, im einzelnen Falle nach freierem Ermessen die Thatsachen, die einen unbilligen Verlust begründen, z. B. eine Verjährung, Verzicht, Erbschaftsantretung, direct für nicht geschehen zu erklären, und den Benachtheiligten direct wieder in seinen früheren Rechtszustand einzusetzen. Der Grund für diese besondere Form lag in der Eigenthümlichkeit der römischen Rechtsbildung, daß nämlich die Billigkeit im Gegensatz zum strengen Rechte hauptsächlich von den Prätoren in das Recht eingeführt wurde, und diese einfache Ausnahmen von den Gesetzen gar nicht machen konnten, und vielfach auch Anstand nehmen mußten, feste allgemeine Klagerechte einzuführen, sich vielmehr lieber freieres Ermessen vorbehielten. Schon in der Kaiserzeit hat dieses Verhältniß aufgehört. Die Gründe und Voraussetzungen der Restitution wurden theils schon durch die Prätoren selber, theils durch die spätere Theorie und Praxis so bestimmt, daß kaum ein Unterschied von den gewöhnlichen Klagerechten übrig blieb, darum aber auch das Recht zum Restituiren den gewöhnlichen Richterbeamten gegeben wurde. Die Gründe der Restitution sind Minderjährigkeit, Zwang, Irrthum, Betrug, Abwesenheit, capitis deminutio, und die s. g. generalis clausula. Davon hat die capitis deminutio schon im späteren Rom ihre Bedeutung verloren, die andern aber sind der Sache nach nichts anderes mehr als Rechte zum Widerruf oder zur Anfechtung der betreffenden Handlungen oder Verluste. Die Form des Restituirens ist unwesentlich, und hat nur etwa im Civilprocesse bei Versäumnissen und Versehen noch eine gewisse Berechtigung. Im gemeinen Rechte ist die Restitution zwar in der römischen Weise geblieben, die neueren Gesetzbücher haben sie aber, abgesehen vom Processe, beseitigt und auf die gewöhnlichen Formen von Ausnahmen vom Gesetze und Ungültigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit der Rechtsgeschäfte reducirt.

Besonderer Theil.

Uebersicht. Der besondere Theil zerfällt nach dem oben S. 253 aufgestellten Systeme in die Darstellung der allgemeinen Rechte der Person, und der besonderen Gestaltungen derselben in den Gattungsverhältnissen. Die allgemeinen Rechte sind die Persönlichkeit selbst und das Vermögen. Die Bestimmungen über die erstere sind aber, da die Persönlichkeit zugleich Voraussetzung alles Rechts ist, in der Lehre vom Rechtssubjecte von selbst enthalten. Es bleibt daher hier nur das Vermögensrecht. Dies zerfällt nach den oben gegebenen Ausführungen in Sachen- und Obligationenrecht.

Das erstere umfaßt die gesammte Herrschaft der Person über die Sache. Dabei unterscheiden sich zunächst die volle Herrschaft über die Sache, und die beschränkten Rechte an fremder Sache. Die letzteren können die Sache entweder als Object der physischen Benutzung treffen oder als Object von einem ideellen Werthe, der sich durch Verwerthung in Geld realisiren läßt. Das letztere ist das Pfandrecht, bei den ersteren unterscheidet man die beschränkteren und die unbeschränkteren als Servituten und Untereigenthum. Bei allen Sachenrechten tritt außerdem noch der allgemeine Unterschied von Besitz und Recht, factischer und rechtlicher Herrschaft, hervor. Dieser läßt sich in der Darstellung verschieden ordnen. Eigentlich müßte man entweder die Besitzverhältnisse zusammen den Rechten gegenüberstellen, oder bei jedem Rechte auch das entsprechende Besitzverhältniß nehmen. Bequemer ist indessen eine etwas inconsequente Behandlung, nämlich bei der vollen Herrschaft Besitz und Recht zu trennen, bei der beschränkten sie zu verbinden. Der Grund ist, weil bei der vollen Herrschaft der Besitzbegriff in ausgedehnterer und selbstständigerer Weise hervortritt, und darum hier seine Verbindung mit dem Eigenthume die Darstellung weniger übersichtlich macht. Danach wird die nachfolgende Darstellung in fünf Abschnitte getheilt: Besitz, Eigenthum, Servituten, Untereigenthum, Pfandrecht.

A. Das Sachenrecht.

I. Der Besitz.

§. 30. Die Besitzlehre hat ihren alten Ruf der besonderen Schwierigkeit und Bestrittenheit bis auf den heutigen Tag bewahrt. Wenn zuweilen eine gewisse Klärung und Uebereinstimmung in den Ansichten einzutreten schien, so war es nur, um bald einem um so heftigeren Streite Platz zu machen. Auch sind es nicht etwa nur einzelne und unwesentliche Detailfragen, in die sich der Streit verläuft, sondern im Gegentheil immer die Grundlagen des ganzen Begriffes und seiner praktischen Behandlung. So schien namentlich bisher wenigstens die Grundauffassung des Besitzes als factischer Herrschaft ziemlich allgemein festzustehen, man stritt mehr nur über den Grund ihres Schutzes und ob sie dadurch zu einem Rechte würde. Jetzt ist aber auch diese Idee in Zweifel gestellt. Ihering erklärt es geradezu für einen „Grundirrthum, den Besitzbegriff mit dem der factischen Herrschaft über die Sache zu identificiren," der ganze Grund des Besitzschutzes liege gar nicht im Besitze selber, sondern im Eigenthume; nur um diesem einen leichteren Schutz als die Vindication zu geben, gelte der Besitzer bis zum Beweise des Gegentheils als Eigenthümer; der Zweck des Besitzschutzes sei nur, dem Eigenthümer eine Beweiserleichterung zu schaffen; daß auch Nichteigenthümer sich diese zu Nutzen machen könnten, sei nur eine unvermeidliche Consequenz; der Besitz selber bestehe aber eben darum gar nicht wesentlich in der physischen Gewalt über die Sache, sondern nur in der „Thatsächlichkeit des Eigenthums," d. h. dem „normalen äußeren Zustande der Sache, in dem sie ihre Bestimmung erfüllt, dem Eigenthümer zu dienen," was zwar mitunter, aber nicht immer, mit der physischen Gewalt zusammenfalle. Ganz neu ist die Idee allerdings nicht, sie steht mit der alten Präsumtion vom Eigenthume beim Besitze und der neueren Idee einer dinglichen Klage aus dem Besitze auf einem Boden, nämlich dem Streben, die Schwierigkeiten, die der Beweis des Eigenthums namentlich nach der modernen Beweistheorie hat, zu erleichtern. Man kann dieses Bedürfniß zugeben, muß aber seine Abhülfe auf das Gebiet des Eigenthums und der dinglichen Klage verweisen, die Selbstständigkeit des Besitzes und die Idee, daß der Besitzstand als solcher zu schützen sei, darf darunter nicht verkümmert werden. Keinenfalls darf der Gedanke, den Besitzesschutz als Erleichterung des

Eigenthumsbeweises aufzufassen, in das römische Recht verlegt werden. Allerdings können hier die Besitzklagen die Eigenthumsklage unnöthig machen, und insofern dem Eigenthümer den Schutz seines Eigenthums erleichtern, ebenso wie man auch die Publiciana zur Erleichterung des Beweises statt der eigentlichen Vindication benutzen kann. Allein man würde hier wie dort die factische Folge mit dem rechtlichen Grunde verwechseln, wollte man in dieser Beweiserleichterung das eigentliche Princip der Klagen sehen. Allerdings ist der Besitzer bei der Vindication frei vom Beweise, aber nach römischer Anschauung nicht deshalb, weil man im Besitze das Eigenthum schützen wollte, sondern, wie die Römer selber sagen, weil die „naturalis ratio“ macht, daß wer nicht besitzt, klagen und beweisen muß, und wenn er nicht beweist, der Besitzer die Sache behält, sollte er auch entschieden nicht der Eigenthümer sein. Worin nun aber sonst das Princip des Besitzschutzes liege, ist zwar von den Römern nirgend genau gesagt, daß sie es indessen jedenfalls in der Natur des Besitzes selbst und nicht in fremden Nebenrücksichten gesehen haben, ist hinreichend deutlich in der bekannten Stelle über die Besitzfehler beim Uti possidetis ausgesprochen: „iusta an iniusta possessio adversus caeteros sit, nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet“. Hier ist direct gesagt, daß darum jeder Besitzer, auch der unrechtliche, geschützt werde, weil er jedenfalls dadurch, daß er besitzt, mehr Recht habe, als der Nichtbesitzer. Die Frage ist nur, warum denn das Besitzen als solches dem Besitzer ein Vorrecht vor dem Nichtbesitzer gebe. Das bloße physische Verhältniß kann der Grund nicht sein, er muß jedenfalls in dem Verhältnisse der Person als solcher zur Sache liegen. Auch hier kann es wieder nicht das bloße factische Interesse am factischen Genusse sein, dieses würde zu ganz anderen Consequenzen führen. Eher könnte es das rechtliche Interesse am commodum possessionis, d. h. der Beweisfreiheit, sein, indessen bezieht sich das speciell nur auf die Vindication und könnte auch nur mittelbar einen Grund abgeben. Wenn es daher ganz allgemein heißt, der Besitzer habe rein als solcher mehr Recht als der Nichtbesitzer, so ist damit ganz unmittelbar für das allgemeine Verhältniß der Personen zu einander dem Besitzer ein Vorrecht vor dem Nichtbesitzer gegeben. Der bereits realisirte Herrschaftswille hat also als solcher, d. h durch seine Realität, den Vorzug vor dem erst nach Realisirung strebenden. Was ist der Grund dafür? Es kann kaum ein anderer sein, als weil dessen Realisirung nur durch Verdrängung des bereits realisirten Willens möglich ist, und darin eine Verletzung dieses Willens und somit der Person und ihrer Freiheit enthalten ist. Dem Hunde nehme ich die Sache mit Gewalt weg; nehme ich sie dem Menschen, so behandle ich ihn wie einen Hund und nicht als Person. Das ist der Ausgang des ganzen Besitzschutzes. Man hat dies Philosophie genannt und für unrömisch erklärt, aber den Nachweis, welcher andere Gedanke denn dem „hoc ipso quod possessor est“ zu Grunde liege, hat man noch nicht geführt. Natürlich bleibt der Besitzesschutz nicht auf diese Abwehr der offenen Gewalt beschränkt. Denn wenn der Besitz einmal ein Zustand ist, der dem Besitzer nicht eigenmächtig wider seinen Willen gestört und entzogen werden darf, so muß er nun auch wegen des gesammten damit verbundenen Interesses in voller Entwickelung auch gegen alle anderweitigen Arten und Formen des Unrechts geschützt werden. Nur dem Rechte und der Form des Rechts muß er weichen. Ob man den Besitz übrigens wegen dieses Schutzes ein Recht nennen will, oder sagt, er werde geschützt, obgleich er kein Recht sei, des allgemeinen Rechts der Person wegen, das ist ziemlich gleichgültig. Ebenso unfruchtbar ist der Streit, ob man die sonstigen Wirkungen, die der Besitz in Verbindung mit anderweitigen Umständen herbeiführen kann, auf die Usucapion beschränken oder auch Occupation, Tradition u. a. mit dazu rechnen will.

§. 31. Der Besitz als factische Herrschaft ist wesentlich als factisch realisirter Herrschaftswille zu fassen, und hat daher die zwei **Elemente**, den Willen die Sache zu beherrschen, und eine dem Willen entsprechende physische Gewalt über die Sache. Beide Elemente bieten für ihre nähere Bestimmung manche Schwierigkeiten:

1) Den Willen, eine Sache zu haben, kann man in sehr verschiedener Weise und Ausdehnung haben. Der Eigenthümer, oder wer sich dafür hält, will die Sache vollständig und ausschließlich für sich haben, er will die factische Herrschaft in demselben Umfange wie die rechtliche haben. In gleicher Weise will aber auch jeder widerrechtliche Occupant der Sache, namentlich der Dieb und Räuber, die Herrschaft ebenso vollständig wie der Eigenthümer haben. Man bezeichnet ihren Willen daher als animus domini. Ihnen gegenüber stehen die Personen, die eine Sache nur für einen Andern haben, also als dessen Vertreter, nur auf dessen Namen und in dessen Interesse, gar nicht für sich, wie Procuratoren und Depositoren. Zwischen diesen beiden Arten steht dann aber eine ganze Reihe von Personen, die eine Sache mit getheiltem Willen haben, in gewisser Beziehung für sich, in anderer für einen Andern, und zwar mit dem weiteren Unterschiede, daß einige die Sache vermöge obligatorischen Rechts haben wollen, wie Leiher und Miether, andere vermöge dinglichen Rechts je nach dessen verschiedenen Arten, Nießbrauch, Pfandrecht, Emphyteuse u. s. w. Die Frage ist nun, was für eine Art von Willen zum eigentlichen Besitze nothwendig ist, und welche Bedeutung der Wille in den andern Fällen hat. Das römische Recht unterscheidet so, daß es eigentlich nur bei animus domini Besitz annimmt, in allen andern Fällen nur Stellvertretung fremden Besitzes, ohne Unterschied, ob man die Sache nur in fremdem Interesse hat, oder zum Theil in eigenem. Indessen tritt bei dinglichem Rechte an der Sache quasi possessio iuris ein, und außerdem nimmt es in drei Fällen, Sequester Precarium und Faustpfand, auch ohne animus domini eigentlichen Besitz an (s. g. abgeleiteter Besitz). Die drei Fälle sind ohne allen Zusammenhang und aus allen drei obigen Rubriken. Im ersten ist der Besitz ohne alles eigene Interesse, im zweiten ist Interesse mit obligatorischem, im dritten mit dinglichem Rechte. Sie sind als Anomalien aus historisch zu erklärenden Gründen anzusehen. Von ihnen abgesehen ist die Behandlung der übrigen Fälle völlig consequent. Man hat es zwar bei uns vielfach getadelt, daß das römische Recht dem Miether, Pächter und ähnlichen Personen keinen Besitzesschutz gibt, und hat darin namentlich einen Widerspruch gegen die Begründung des Besitzschutzes aus der Gewalt gegen den Willen und die Person des Besitzers gefunden. Allein die römische Anschauung dieser Verhältnisse ist, daß Miether und Leiher gar nicht den Willen haben, die Sache zu beherrschen, sondern nur sie im Namen des Dominus zu haben und aus dessen Person obligationsmäßig zu benutzen. Somit kann die Besitzstörung bei ihnen gar kein Herrschaftsverhältniß von ihnen selber zur Sache betreffen, sondern nur das ihres Dominus. Eine bloße Gewalt gegen die Person als solche kann aber natürlich nur eine Injurien=, nicht eine Besitzklage begründen. Man mag nun jene römische Behandlung der Miethe u. s. w. für unpassend erklären, namentlich für das heutige Recht, man sollte aber endlich aufhören, aus der modernen Auffassung der Miethe Argumentationen für die römische Besitzlehre zu entnehmen.

2) Das physische Gewaltverhältniß beim Besitze nennt man Detention oder Innehabung. Indessen darf man das nicht so verstehen, als ob Besitz und factische Herrschaft nur so lange da wäre, als man die Sache berührt oder berühren kann. Wie der Begriff Besitz über das Wort besitzen hinausgeht, so die Detention über das Detiniren. Der Begriff der factischen Herrschaft und Gewalt ist juristisch nach Maßgabe der bestehenden menschlichen Lebens= und Rechtsverhältnisse zu bestimmen. Man behält die Gewalt, wenn man sich auch von der Sache entfernt, wenn auch weit und lange, sofern man nur be=

liebig zu ihr zurückkehren kann, Mobilien also nicht etwa fortgeschafft sind. Bei Immobilien hebt selbst heimliche Occupation nicht nothwendig den Besitz auf, da man bei der Rückkehr durch die That zeigen kann, daß diese Occupation der Gewalt nicht im Wege stand. Der Begriff der factischen Herrschaft, richtig verstanden, wird insofern mit Iherings oben berührtem Begriffe der Thatsächlichkeit des Eigenthums im Resultate ziemlich zusammentreffen, und allerdings mehrfach daraus berichtigt werden können, so namentlich bei dem einzelnen Detail des Erwerbes und Verlustes des Besitzes, deren weitere Ausführung den hier gesteckten Raum überschreiten würde.

§. 32. Es ist schon oben bemerkt, daß der Schutz des Besitzes nicht auf die Abwehr von offener Gewalt zu beschränken ist, sondern alle Arten und Formen des Unrechts umfassen muß oder wenigstens kann. Denn allerdings kann die Grenze, wie weit man hier gehen will, nach verschiedenen Rücksichten enger oder weiter gezogen werden. Von vornherein falsch ist es aber, daß die Klagen zum Schutze des Besitzes nach dem oben aufgestellten Principe desselben nothwendig eigentliche Delictsklagen aus Gewalt oder wenigstens Eigenmacht sein müßten. Es ist das nur die unmittelbarste und prägnanteste Art der Besitzesverletzung, allein es versteht sich, daß wenn man den Besitz nicht mit Gewalt entziehen darf, man den Besitzer auch nicht durch Zwang und Betrug zur Tradition treiben darf, daß er gegen Beeinträchtigungen, auch wenn sie bona fide geschehen, geschützt werden muß, daß selbst bei Verlust durch Irrthum, Versehen oder Zufall der fremde Erwerber zur Rückgabe verpflichtet werden kann. Das römische Recht hat diese Entwickelung bis auf einen gewissen Grad bereits vollzogen, viel weiter ist jedoch die Praxis des Mittelalters gegangen. Das römische Recht hat aber nicht nur für die unmittelbare Verletzung des Besitzes, besonders durch Eigenmacht und Gewalt, besondere Klagen eingeführt, die s. g. possessorischen Interdicte, sondern auch bereits für andere indirectere Verletzungen die allgemeinen Klagerechte, Actionen und Condictionen, auch auf den Besitz angewendet. Näher auszuführen sind hier aber nur die possessorischen Interdicte.

Ein besonderer Schutz des Besitzes neben dem Eigenthume setzt eine gewisse höhere Stufe der Rechtsentwickelung voraus. Die Urzeit der Völker wirft Besitz und Recht noch zusammen. Auch in Rom sind die Besitzklagen erst durch die Prätoren eingeführt, und zwar in der Form des s. g. Interdictenprocesses. Dieser ist jedoch hier wie überall später weggefallen. Die speciellen Interdicte, d. h. Befehle, die der Prätor im einzelnen Falle erließ, wurden zu allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, aus denen in gewöhnlicher Weise geklagt wurde, nur blieben die alten eigenthümlichen Namen nach den Anfangsworten der alten Befehle, z. B. Uti possidetis, nach dem Befehle: Uti possidetis, ita quominus possideatis, vim fieri veto. Die mannichfachen Unterschiede, die die Prätoren dabei machten, sind später sehr vereinfacht. Das Justinianische Recht unterscheidet eigentlich nur noch zwischen Störung und Entziehung des Besitzes, und hat dafür ein interdictum retinendae possessionis, das Uti possidetis, und ein recuperandae possessionis das Unde vi.

1) Das Uti possidetis ist die Klage auf Anerkennung des Besitzes und Verbot seiner Störung. Die Klage hat den doppelten Zweck, festzustellen, wer Besitzer sei, und Störung abzuwehren. Sie ist daher ebenso wohl bei einseitiger Störung eines festen Besitzes anwendbar, als bei zweifelhaftem Besitzstande, wo jeder Besitzer zu sein und vom andern gestört zu werden behauptet. Danach ist ihr eigentliches Wesen sehr streitig. Einerseits hält man sie für eine Delictsklage aus dem Delicte der Störung, andererseits für eine Art Präjudicialklage zur Entscheidung eines zweifelhaften Besitzstandes. Die erste Auffassung ist jedenfalls insofern unrichtig, als ein eigentliches Delict mit culpa keinenfalls nöthig ist. Es kommt nur auf das objective Gestörtsein des Besitzes an.

Ob der Störer bona oder mala fide ist, ja ob er sich nur der Störung bewußt ist, ist gleichgültig. Eben darum muß auch schon das bloße Bestreiten des fremden und Behaupten eigenen Besitzes als Störung gelten und die Klage begründen. Wenn indessen die Parteien in friedlicher Uebereinkunft den Richter um eine Entscheidung über ihren Besitzstand angehen, so ist das ebenso wenig eine wirkliche Besitzklage, als eine solche Uebereinkunft beim Eigenthume die Eigenthumsklage begründen könnte. — Natürlich kann nur der eigentliche Besitzer die Besitzklage anstellen, nicht ein bloßer Miether oder Pächter, aber der unredliche so gut wie der redliche. Nur wer den Besitz vi clam oder precario vom Gegner erlangt hat, kann diesen nicht wegen Störung verklagen. Im Gegentheil gilt dann dessen verlorener Besitz relativ ihm gegenüber als fortdauernd, sein Besitz als bloße fortwährende Störung, und er wird zur Herausgabe verurtheilt. Von diesem Standpunkte aus kann der Vertriebene sogar als Kläger mit dem Interdicte auftreten, dieses also der Sache nach mit recuperatorischer Wirkung anstellen. — In allen Fällen zweifelhaften Besitzstandes muß man zur Entscheidung häufig auf die Anfänge der beiderseitigen Besitzhandlungen, also auf das höhere Alter des Besitzes, zurückgehen. Wegen der dabei unvermeidlichen Verlängerung der Processe hat man im Mittelalter erst eine interimistische Ordnung des Besitzes für den Proceß nach der jüngsten, d. h. letzten, ruhigen Besitzhandlung eingeführt, und daraus später eine selbstständige provisorische Besitzklage für den jüngsten Besitz im Gegensatze zum älteren, d. h. eigentlichen Besitze, gemacht. Man unterscheidet beide als possessorium summariissimum und ordinarium.

2) Das Unde vi ist die Klage auf Rückgabe eines gewaltsam entzogenen Besitzes. Dies ist nach römischer Auffassung eigentliche Delictsklage, setzt Dejection des Besitzers oder ihr gleichstehende Occupation des Besitzes voraus, geht nur gegen den Thäter, und wird selbst durch den Einwand, daß Kläger den Verklagten selber erst dejicirt habe, nicht ausgeschlossen, ist aber nur bei Immobilien zulässig. Im Mittelalter ist die recuperatorische Besitzklage aber durch eine aus den Pseudo-Isidorischen Decretalen abgeleitete Klage, die man später actio spolii nannte, sehr ausgedehnt. Sie ist auch bei Mobilien zugelassen, auch gegen dritte Besitzer, und bei jedem unfreiwilligen Verluste der Sache. Doch ist die Grenze in den beiden letzten Beziehungen äußerst zweifelhaft und streitig.

II. Das Eigenthum.

§. 33. Das Eigenthum ist die rechtliche Herrschaft, oder das Recht der Herrschaft, der Person über die Sache. Sein Wesen beruht auf der allgemeinen Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person, daß diese also an sich zu jeder denkbaren und möglichen Willensbeziehung zur Sache berechtigt ist, sofern nicht besondere einzelne Ausnahmen und Beschränkungen da sind. Wesentlich für den Begriff ist:

1) einerseits die Einheit und Allgemeinheit der Herrschaft. Man darf das Eigenthum nicht mit der älteren Theorie als eine Häufung einzelner Herrschaftsrechte, Besitz, Nutzung u. s. w. auffassen, sondern nur als ein in sich einiges Recht, von dem jene Rechte nur die einzelnen Consequenzen und Ausübungen sind. Darum ist auch eine eigentliche Theilung des Eigenthums nur quantitativ nach Quoten, nicht aber qualitativ nach den einzelnen in ihm enthaltenen Rechten möglich. Dadurch würde der ganze Begriff verloren gehen. Die ältere Theorie nahm zwar ein solches dominium divisum nach Proprietäts- und Nutzungsrechten an, indessen liegt dabei in Wahrheit ein anderes Princip zu Grunde, worüber unter §. 42 Näheres.

2) Die Möglichkeit von Beschränkungen. Man darf das Eigenthum nicht, wie allerdings in der Regel geschieht, als die volle, unbeschränkte, ausschließliche Herrschaft über die Sache bestimmen. Dann würde ja durch jede Beschränkung sein Begriff aufgehoben. Man kann es nur als die allgemeine Herrschaft bezeichnen. Das Allgemeine schließt alles Einzelne als Regel von selbst in sich, wird aber durch einzelne Ausnahmen nicht aufgehoben. Die Beschränkungen sind aber in doppelter Weise möglich: a) so, daß gewisse Rechte des Eigenthums durch besondere gesetzliche Bestimmungen ganz von ihm abgelöst und weggenommen werden, so daß das positive Eigenthum insoweit dann ein beschränkterer Begriff ist, als das natürliche; b) so, daß nur die Ausübung einzelner Eigenthumsrechte zeitweise oder bestimmten Personen gegenüber beschränkt ist. Das letztere ist namentlich bei den s. g. iura in re aliena, wie Servituten und Pfandrecht. Diese darf man sich nicht, wie oft geschieht, so denken, als ob hier gewisse Rechte aus dem Eigenthume ganz ausgeschieden und abgelöst und auf Andere übertragen würden, so daß der Eigenthümer sie gar nicht mehr hätte; dies würde den Begriff des Eigenthums selbst jedesmal aufheben. Man muß vielmehr daran festhalten, daß der Eigenthümer an sich und im allgemeinen alle Rechte des Eigenthums vollständig behält, und nur gewisse Herrschaftsbefugnisse über die Sache einem Nichteigenthümer einräumt, deren Ausübung dann, soweit sie reicht, den Eigenthümer in der Ausübung seines Eigenthums beschränkt, während dasselbe an sich und daher allen Dritten gegenüber in seinem ganzen Umfange mit allen Rechten ungeschmälert bestehen bleibt. Nur daraus erklärt sich, daß der Eigenthümer jene Befugnisse stets auch selber ausüben darf, sofern er dadurch das fremde Recht nicht beschränkt, daß er sein Eigenthum allen Dritten gegenüber fortwährend unbeschränkt geltend machen kann, und daß, wenn jene Rechte erlöschen, er sie nicht erst besonders wieder zu erwerben braucht, sondern sein Eigenthum ganz von selbst wieder völlig unbeschränkt dasteht.

Die allgemeine Herrschaft über die Sache schließt drei Beziehungen zu derselben in sich, Besitz, Benutzung und Verfügung. Man kann das Recht dazu insofern als den Inhalt des Eigenthums bezeichnen. Das Besitzrecht schließt die Vindication in sich, die Benutzung den Gebrauch und die Früchte, die Verfügung die factische durch Veränderung und Zerstörung der Substanz und die rechtliche durch Veräußerung, sowohl volle als beschränkte. In allen drei Beziehungen ist eine positive und negative Seite, eigene Einwirkung und Ausschließung fremder (ius prohibendi), zu unterscheiden. An sich sind alle diese Eigenthumsrechte natürlich bei jeder Sache, indessen treten sie in ihrem vollen Umfange praktisch doch nur beim Grundeigenthume, d. h. dem Eigenthume an Grundstücken, Häusern oder Feldern, hervor, unterliegen aber hier auch manchen besonderen Beschränkungen, namentlich wegen der hier unvermeidlichen Beziehung zu den Nachbaren (s. g. Nachbarrecht). Besonders hervorzuheben sind folgende Punkte:

1) Die Nutzung des Bodens. Dem Eigenthümer gehört an sich die ganze Substanz seines Bodens, und zwar auch unter der Erdfläche so weit er kommen kann, also nicht nur die Erde, sondern auch Steine, Sand, Thon, Torf, Kohlen, Mineralien. Doch ist dies durch das Bergwerksrecht schon nach römischem und noch mehr heutigem Rechte mehrfach beschränkt. Vergrabene Sachen, besonders Schätze, gehören nicht zur Bodensubstanz, darum auch nicht zum Eigenthume, wohl aber alles Wasser auf und im Boden, so lange es darauf ist, jedoch mit Beschränkungen bei Mineralquellen und bei Bächen, wegen Bewässerung, Mühlen, Fabriken u. a., endlich auch alle Pflanzen, sofern sie im Boden wurzeln, und mit ihnen die Früchte darauf. Dagegen gehört alles, was nur auf dem Boden ist, wie Thiere und Geräthschaften, nicht zum Boden, wenn es auch darin

befestigt ist, darum eigentlich auch Gebäude nicht, doch sind darüber besondere Bestimmungen (unten S. 299. 300).

2) Handlungen und Anlagen auf dem Boden. Im allgemeinen darf der Eigenthümer auf und mit seinem Boden thun und machen, was er will, wenn es auch den Nachbarn unangenehm, lästig, selbst schädlich ist. In dem zusammengedrängten socialen Leben der Menschen kann dies aber natürlich nicht rücksichtslos durchgeführt werden, so namentlich bei baulichen Anlagen und Gewerbebetrieben. Erst die heutige Zeit mit ihrer gesteigerten Betriebsamkeit hat aber die Gefahren und Bedürfnisse, die in dieser Beziehung entstehen können, vollständiger hervortreten lassen. Das römische Recht verbietet nur positive Beschädigungen der Nachbarssachen, und Immissionen körperlicher Stoffe, wozu aber auch Rauch und selbst Gestank gehören, jedoch nur die unmittelbaren, nicht auch die durch die gewöhnlichen Naturverhältnisse vermittelten.

3) Unterlassungen. Der Eigenthümer ist bei Nachtheilen, die den Nachbarn aus der natürlichen Beschaffenheit seines Bodens drohen, nicht verpflichtet, positive Handlungen zur Abwendung vorzunehmen. Künstliche Anlagen jeder Art, namentlich Gebäude, darf er dagegen nicht zum Schaden der Nachbarn verfallen lassen. Das römische Recht gibt dem Nachbar jedoch keine directe Klage auf Erzwingung der Reparatur, sondern nur ein Recht auf eine Caution wegen des drohenden „damnum infectum", ohne diese aber auch nach Eintritt des Schadens keine Ersatzklage.

4) Fremde Eingriffe. Zum Grundeigenthume gehört stets von selbst der ganze Raum über und unter der Bodenfläche. Der Eigenthümer kann daher jedes Eindringen in denselben, sowohl persönliches als sachliches durch Vorrichtungen, verbieten und mit Gewalt verhindern. Davon sind nur wenige Ausnahmen. Der Nachbar braucht die überhängenden Zweige seiner Bäume nur bis fünfzehn Fuß von der Erde zu lichten, seine Mauern dürfen $1/2$ Fuß schief werden, und seine irgendwie herübergekommenen Sachen darf er abholen, übergefallene Früchte jedoch nur „tertio quoque die".

§. 34. Die verschiedenen Erwerbsarten des Eigenthums lassen sich nach verschiedenen Rücksichten in verschiedener Weise eintheilen und ordnen. Die römische Ordnung nach acquisitio civilis und naturalis, und singularis und universalis ist jedoch für uns keinenfalls mehr brauchbar. Die passendste Ordnung ist wohl die nach originären und derivativen Erwerbsgründen; nur muß man die Verjährung noch von beiden trennen, sie ist zwar ein originärer, aber kein selbstständiger Erwerbsgrund, sondern eigentlich nur eine Ergänzung etwaiger Mängel der übrigen Titel.

I. Originärer Erwerb. Den Ausgang bildet hier die erste Unterwerfung der Sachen, die s. g. Occupation; dazu kommt dann Neubildung von Sachen, Zuwachs zu ihnen und Fruchterwerb.

1) Occupation. Die Römer sehen ein allgemeines Zueignungsrecht des einzelnen Menschen gegen die einzelnen Naturgegenstände als natürliches Recht an und folgern daraus, daß herrenlose Sachen Jedermann in Besitz nehmen kann und damit von selbst das Eigenthum daran erwirbt. Herrenlos sind aber nicht nur die Sachen, die noch nie einen Herrn gehabt haben, sondern auch die, die ihn wieder verloren haben, und die, bei denen er nicht anerkannt wird. Zu den ersten gehören alle wilden Thiere jeder Art, und alle Erträgnisse des Meeres. Das römische Recht hat absolute Jagdfreiheit, nur braucht Niemand fremde Jagd auf seinem Boden zu dulden. Neue Herrenlosigkeit tritt ein bei freigewordenen wilden Thieren, bei derelinquirten Sachen und bei Schätzen. Bei den letzteren ist jedoch zuerst von Hadrian eine nicht unbillige Berücksichtigung des Eigenthümers, in dessen Boden der Schatz gefunden ist, eingeführt. Dieser soll stets die Hälfte haben, und wenn der Finder danach gesucht hatte, sogar das Ganze. Für den Finder

Digitized by Google

ist aber der Begriff der Occupation allmählig und kaum mit Bewußtsein in den der Entdeckung umgewandelt. Nicht anerkannt wird nach römischer Anschauung das Eigenthum des Feindes im Kriege und zwar ganz absolut. Bei uns ist diese s. g. occupatio bellica jedenfalls auf das beiderseitige Militär und dessen Sachen und das Kriegsmaterial der Staaten beschränkt. Eigentlich läßt sie sich auch bei dem ersteren nur für Kriegsmaterial rechtfertigen.

2) Specification. Die Sachen dienen den menschlichen Bedürfnissen nicht blos durch ihren Stoff, sondern auch durch ihre Form. Die Form ist insofern nicht nur für ihren Werth von Einfluß, sondern bestimmt vielfach auch ihren ganzen Begriff im Verkehre, so daß bei Veränderung der Form die Sache geradezu als eine neue andere (nova species) erscheint, und zwar nicht nur bei eigentlicher Umbildung des Stoffes, wie beim Brotbacken und Bierbrauen, sondern auch bei bloßer Bearbeitung desselben, wie bei Bildhauerei und allen Metallarbeiten. Unwesentliche Veränderungen der Form, und daher ohne Einfluß auf den Begriff der Sachen, sind dagegen Ausdreschen, Auspressen, Färben u. dgl. Bei den wesentlichen Veränderungen ist nun die Frage, ob mit der neuen Sache auch ein neues Eigenthum anfange, und für wen, oder ob das alte bleibe. Die Römer haben das erstere stets angenommen, stritten aber, ob das Eigenthum dem Herrn des Stoffs oder dem Specificanten zufalle. So wenigstens bei Veränderung durch Arbeit; bei Umbildung durch Natur oder durch Zerstörung wurde das Eigenthum des alten Herrn wohl nie bezweifelt. Der Streit für den Fall der Arbeit beruhte aber nicht auf dem Gegensatze von Capital und Arbeit und ihrem Werthe, sondern lediglich auf dem formalistischen Principe, daß die neue Sache „antea nullius fuit“, und darum dem Specificanten als Erzeuger zufalle. Den letzten Grund bildet daher doch das Occupationsprincip, und nur darauf beruht auch die von Justinian gebilligte Mittelmeinung, daß die neue Form dann als unwesentlich gelten und daher kein Eigenthum begründen solle, wenn die alte Form wiederhergestellt werden könne. Die Ausschließung des Erwerbs bei mala fides ist auch mit dem Occupationsprincipe nicht unvereinbar. Die neueren Gesetze legen dagegen das Hauptgewicht auf die Arbeit, indessen begründet diese an sich nur ein Recht auf ihren Werth, nicht aber auf das Eigenthum am Stoffe, und darum sind auch die Bestimmungen darüber sehr verschieden.

3) Accession. Die Römer haben das Princip, daß jede als körperliche Einheit existirende Sache, deren Bestandtheile also durch Natur oder Kunst physisch verbunden sind, auch rechtlich nur als Einheit behandelt werden kann, d. h. nur als ein Ganzes im Eigenthume sein kann, nicht nach ihren verschiedenen Theilen, weil sonst das Eigenthum am Ganzen mit dem an den Theilen in Widerspruch kommen könnte. Eine Folge dieses Princips ist, daß alles, was mit einer Sache physisch so verbunden wird, daß es nur noch einen Theil derselben bildet, auch rechtlich unter das Eigenthum an ihr fallen muß (accessio cedit principali), ohne Unterschied von wem und wie die Verbindung bewirkt ist. Doch ist der Erwerb eben darum nur ein formeller, er trifft die Sache nur insofern sie Theil ist, also nur so lange als die physische Verbindung dauert, fällt daher, sofern vollständige Trennung überhaupt möglich ist, mit dieser von selbst wieder weg. Auch kann in der Regel auf die Trennung geklagt werden, und der Verlierende kann bei widerrechtlicher Verbindung, wenn die Trennung nicht möglich oder verboten oder unzuträglich ist, Schadensersatz verlangen.

Im einzelnen sind solche Accessionen sowohl bei Immobilien als Mobilien möglich. Bei den ersteren gehört dahin die Anspülung und Anschwemmung von Erde bei Ufergrundstücken, und außerdem das Bauen und Pflanzen. Wie eine Art Alluvion behandeln die Römer auch das Zurückweichen des Wassers im Flusse und sogar die Bildung

von Inseln darin, und sprechen daher das Eigenthum des trockenen Flußbettes und der Insel den beiderseitigen Anwohnern von der Mitte aus zu. — Beim Bauen sehen die Römer jedes feste Gebäude als Theil des Bodens an, und lassen daher kein getrenntes Eigenthum daran zu, auch ist dabei schon nach den XII Tafeln jede Klage auf Niederreißung ausgeschlossen und nur Entschädigungsanspruch oder eigene Wegnahme im Falle des Besitzens zugelassen. — Bei Pflanzen ist, sobald sie Wurzel geschlagen und Nahrung gezogen haben, vollständige Trennung physisch nicht mehr möglich, darum der Erwerb unwiderruflich und nur Anspruch auf Entschädigung zulässig.

Bei Mobilien sind Accessionen in unendlicher Mannichfaltigkeit möglich. Der Begriff streift hier nahe an die Specification hin, die auch in den neueren Gesetzen meistens mit ihm verbunden ist. Der Unterschied liegt indessen darin, daß die Accession immer wesentlich eine Hauptsache voraussetzt, die als solche bleibt, und zu der die andere nur als Nebentheil hinzukommt, so daß das Eigenthum auch stets nur für den Eigenthümer der Hauptsache entsteht, nicht gerade für den, der die Verbindung vornimmt. Was Haupt= und Nebensache ist, ist nach den Umständen den Verkehrsbegriffen gemäß zu bestimmen. Trennung hebt den Erwerb wieder auf und kann verlangt werden, falls sie möglich ist, sonst Entschädigung. Auch das Schreiben und Malen auf fremdem Material gehört hierher. Beim Schreiben ist das Material die Hauptsache, beim Malen hat Justinian das Gemälde für die Hauptsache erklärt, mit vollem Rechte, weil beim Schreiben der ideelle Inhalt vom Material getrennt werden kann, beim Gemälde nicht. — Die Vermischung von bloßen Quantitäten, flüssigen oder trockenen, kann nie als Accession gelten, sondern ändert, wenn sie lösbar ist, gar nichts am Eigenthume, sonst aber begründet sie Miteigenthum, falls nicht eine Specification darin enthalten ist.

4) Fruchterwerb. Früchte sind die organischen Erzeugnisse der Erde und der Thiere. Sie sind die Resultate der in den Dingen wirkenden Naturkräfte, und gehören daher, da die Dinge mit ihren Kräften dem Menschen gehören, stets von selbst dem Eigenthümer der Muttersache. Sie bilden aber, so lange sie mit dieser verbunden sind, nur einen Theil derselben, und können daher so lange in keinem selbstständigen Eigenthume stehen, weder für den Herrn der Sache, noch für Dritte. Indessen sind sie kein einfach integrirender Theil, sondern ein vorübergehender zur Ablösung bestimmter. Insofern ist ihre Ablösung ein eigener Begriff, nicht eine einfache Zerlegung der Sache. Daher tritt für den Eigenthümer formell ein neuer Erwerb, trotz der materiellen Continuität seines Eigenthums, ein, und für Andere können im voraus feste Rechte auf den Fruchterwerb begründet werden, jedoch nur derivativ durch Ableitung von bestimmten Personen, und in verschiedener Weise. Bei Pacht und ähnlichen Rechten liegt das Princip der Tradition zu Grunde, bei Nießbrauch dingliches Recht zur Perception, bei Emphyteuse absolutes Fruchtrecht wie beim Eigenthümer. Ein eigenthümliches Fruchtrecht hat außerdem der bonae fidei possessor. S. darüber S. 305.

§. 35. II. Derivativer Erwerb. Dies ist der Erwerb des Eigenthums durch Succession in das Eigenthum einer bestimmten andern Person, wobei also das Dasein und der Beweis des letzteren wesentliche Voraussetzung des Erwerbes bildet. Es ist dies bei weitem die wichtigste und häufigste und die ganze Bewegung des Eigenthums im Verkehre vorzugsweise beherrschende Art des Erwerbes. Man kann dabei die materiellen Gründe des Ueberganges und die formelle Art seines Eintritts (titulus und modus) unterscheiden. Die ersteren können natürlich in den verschiedenartigsten Verhältnissen des ganzen Rechtssystems liegen. Der hauptsächlichste ist der eigene freie Wille des Eigenthümers, der seine Sachen inter vivos oder mortis causa auf Andere übertragen will. Dem gleich steht seine Intestatbeerbung. Sonst aber kann ohne oder wider

seinen Willen Uebergang seines Eigenthums nur in selteneren Fällen begründet werden, durch Rechte seiner Gläubiger, richterliche Theilungen, Confiscationen, zweite Ehe u. a. In Betreff der formellen Art des Uebergangs ist nach römischem Rechte für alle Privatübertragungen inter vivos die Uebergabe des Besitzes der Sache nöthige Form, bei gerichtlichen oder kaiserlichen Uebertragungen genügt das Decret, in den andern Fällen tritt der Uebergang mit den betreffenden Thatsachen von selbst ipso iure ein (transitus legalis). In allen diesen Fällen ist nach römischem Rechte zwischen Mobilien und Immobilien nicht der mindeste Unterschied. Von Grundbüchern, Umschreibungen in denselben, gerichtlichen Auflassungen und Confirmationen u. dgl. ist durchaus keine Rede. Es ist darum auch hier keine Rücksicht weiter darauf zu nehmen, und nur das Recht der Tradition näher zu bestimmen.

Es ist römisches Princip für den Privatverkehr, daß die rechtliche Herrschaft über Sachen nur durch die factische übertragen und erworben wird, nicht durch bloßen Vertrag. Dies ist der Grundgedanke der Tradition. Sie ist eigentlich keine bloße Form, sondern die äußere Realisirung des inneren Uebertragungswillens und damit das prägnanteste, und einzige durch die Sache selbst gegebene, Mittel zur Scheidung des obligatorischen und dinglichen Elementes bei Uebertragungsgeschäften. Die Tradition hat daher auch in Deutschland allgemeinen Eingang gefunden und trotz mancher Angriffe behalten, auch in den neueren Gesetzbüchern, wenigstens bei Mobilien, wogegen sie bei Immobilien allerdings dem Buchsysteme wird weichen müssen. Das französische Recht hat sie ganz verworfen, aber ohne sein „système plus raisonnable" consequent durchzuführen.

Die einzelnen Erfordernisse der Tradition sind nicht positiver Natur, sondern nur die Consequenzen ihres Begriffes als Besitzübergabe unter der Uebereinkunft der Eigenthumsübertragung. Sie bestehen nur in der Fähigkeit der Personen, nämlich Fähigkeit und Recht zur Veräußerung beim Tradenten und zum Erwerbe beim Accipienten, in dem übereinstimmenden Willen des Ueberganges, und der wirklichen Besitzübergabe. Eigenthum übertragen kann in der Regel nur der Eigenthümer selbst, oder seine amtlichen oder beauftragten Vertreter, außerdem nur die Pfand- und Concursgläubiger. Eigenthum erwerben kann zwar jeder nicht ganz Handlungsunfähige, doch gibt es relative Unfähigkeiten für einzelne Sachen oder Gründe, wie z. B. bei Schenkungen unter Ehegatten. — Die Willensübereinstimmung hat an sich nur die allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte. Zum concreten Dasein eines wirklichen Uebertragungswillens gehört indessen, weil die Rechtsgeschäfte nicht Willenscapricen, sondern Mittel für vernünftige Zwecke sind, als Motiv die Absicht, irgend ein auf Eigenthumsübergang gerichtetes Rechtsverhältniß, wie Kauf, Schenkung, Schuld u. a., auszuführen, im Gegensatz zu solchen, die blos auf Detention gerichtet sind, wie Miethe, Leihe, Pfand. Ganz abstract kann man den Uebertragungswillen nicht haben. Dies ist die s. g. causa traditionis. Man darf sie nur als subjectives Motiv fordern, nicht als wirklich voraufgegangenes gültiges Geschäft, der eigentlich wirkende Grund ist immer der Wille selbst. Darum hindert blos irrthümliche Annahme oder rechtliche Ungültigkeit einer causa den Uebergang nicht, auch nicht Differenz der Parteien über dieselbe. Nur versteht sich, daß persönliche Rückforderungsrechte (condictiones sine causa) durch den Mangel der causa begründet sein können. Ausnahmsweise haben allerdings einzelne causae annullirende Kraft, z. B. Schenkungen unter Ehegatten oder ultra modum u. a. — Die Besitzübergabe ist nach den Besitzgrundsätzen zu beurtheilen, darum ist keine wirkliche Uebergabe nöthig, wenn der Empfänger die Sache schon in Detention hat, oder der Geber sie vorläufig noch für ihn in Detention behält (traditio brevi manu und constitutum possessorium).

§. 36. III. Die Ersitzung. Die Erfordernisse der Erwerbstitel des Eigenthums, namentlich der derivativen, sind zum Theil so complicirt, daß Anfechtungen derselben wegen irgend welcher Mängel sehr leicht möglich sind, und wenn dies lange Zeit zulässig wäre, die Sicherheit alles Eigenthums sehr gefährdet sein würde. Dazu kommt, daß nach langer Zeit auch der Beweis der Titel überhaupt, namentlich bei Mobilien, oft äußerst schwierig, ja fast unmöglich ist. Diese Umstände machen die Anwendung des allgemeinen Verjährungsprincipes (S. 282) auf den Eigenthumserwerb zu einer praktischen Nothwendigkeit, und zwar in den zwei Beziehungen, zunächst die Mängel der Titel zu ergänzen, und dann auch die Titel selbst zu ergänzen. Beides findet sich im römischen Rechte, das erstere schon früh in den XII Tafeln, das letztere erst spät bei Justinian. Wir unterscheiden beides als ordentliche und außerordentliche Ersitzung. Die Grundlage für beides ist der fortgesetzte Besitz. Indessen handelt es sich dabei nicht blos um extinctive Aufhebung fremder Ansprüche, sondern auch um positive Begründung des Eigenthums und seiner Klage gegen Dritte. Die Verjährung erscheint daher hier als acquisitive usucapio, Ersitzung. Der Erwerb des Eigenthums durch den Besitz ist das Primäre, die Aufhebung des bisherigen Eigenthums nur die Folge davon. Eine praktische Consequenz ist übrigens, daß auch der wirkliche erweisliche Eigenthümer sich durch Berufung auf die Verjährung den Beweis seines Titels erleichtern oder entbehrlich machen kann. Factisch ist dies bei uns sogar vielleicht die häufigere Anwendung. Viele lassen sich dadurch verleiten, darin das eigentliche Princip der Ersitzung zu sehen, hier, wie oben beim Besitze, die Folge mit dem Grunde verwechselnd.

1) Die ordentliche Ersitzung. Ihr Princip ist, daß wer eine Sache aus einem an sich rechtmäßigen, aber mit irgend einem Mangel behafteten, Eigenthumstitel in Besitz erworben hat, wenn er dabei in gutem Glauben war, d. h. den Mangel nicht kannte, durch fortgesetzten Besitz das Eigenthum erwirbt, bei Mobilien in drei Jahren, bei Immobilien in zehn Jahren (oder wenn der Gegner in einer andern Provinz wohnt zwanzig Jahren), außer in gewissen Ausnahmsfällen. Die Ausnahmsfälle sind aber sehr weitgreifend. Zunächst sind alle Sachen des Staats, des Kaisers, der Städte, Kirchen und Stiftungen, und auch aller Minderjährigen ausgeschlossen; dann alle, die gegen gesetzliche Veräußerungsverbote veräußert sind; ferner ruht die Verjährung bei rechtlicher Verhinderung des Eigenthümers an der Vindication; und endlich sind, um die Eigenthümer gegen die Folgen vor Diebstahl, Gewalt und Veruntreuung zu schützen, alle res furtivae, vi possessae, und von einem malae fidei possessor ohne Wissen des Eigenthümers veräußerten Sachen ausgenommen. Bei Mobilien ist dadurch die Usucapion fast ganz unmöglich gemacht, weil der römische Begriff „furtum" viel weiter ist, als der deutsche „Diebstahl", und die ganze Unterschlagung mit in sich schließt. Danach können Mobilien wider Willen des Eigenthümers nur äußerst selten ohne furtum in fremden Besitz kommen, wie z. B. wenn ein Erbe fremde Sachen für Erbschaftssachen hält und verkauft oder verschenkt. Die neueren Gesetzbücher haben daher diese Ausnahme wieder beschränkt, jedoch in verschiedener Weise. — Dagegen ist das Erforderniß des Titels im römischen Rechte sehr bedeutend erleichtert, durch die Zulassung des s. g. Putativtitels, d. h. daß es genügt, wenn man gerechten Grund hatte, das Dasein eines Titels, d. h. der dazu gehörigen Thatsachen, anzunehmen. Andererseits ist wieder das Erforderniß der bona fides durch das kanonische Recht sehr gesteigert. Während das römische die fides nur im Anfange beim Erwerbe forderte, verlangt das kanonische sie während der ganzen Usucapionszeit. Dies ist besonders wichtig auch wegen der Erben. Die Erben gelten auch bei der Usucapion einfach als Fortsetzer des Erblassers, ihre mala fides ist daher wie eine spätere des Erblassers selbst, also nach römischem Rechte unschädlich, nach kanonischem schädlich. Die mala fides des Erb=

lassers selber schadet dem Erben natürlich stets, nach römischem Rechte zwar nur die anfängliche, nach kanonischem jede. Bei Singularsuccessionen ist auch Anrechnung des Besitzes des Auctor zulässig (accessio possessionis), aber immer nur wenn beide Besitze usucapions=mäßig sind.

2) Die außerordentliche Ersitzung. Dies ist die Ersitzung durch Besitz von dreißig Jahren, die Justinian durch Ausdehnung der dreißigjährigen Klagenverjährung gebildet hat. Ihre Hauptbedeutung ist, daß die lange Dauer des Besitzes den ganzen Titel ergänzen soll, sofern nur bona fides da war (auch hier nach römischem Rechte nur beim Anfange, nach kanonischem fortwährend). Indessen hat sie noch die weitere Bedeutung, daß hier alle Ausnahmen der ordentlichen Ersitzung, auch die wegen Furtivität, wegfallen. Dagegen gelten die Ausnahmen von der dreißigjährigen Klagenverjährung, namentlich die vierzig Jahre bei Staat und Kirche, auch hier.

§. 37. Die Verlustgründe des Eigenthums ergeben sich aus den Erwerbsgründen von selbst. Auch die Kl ge aus dem Eigenthume ist in ihrem allgemeinen Wesen schon oben (S. 285) beim Begriffe der Klage überhaupt bestimmt, doch ist darüber hier noch folgendes Nähere anzuführen. Die Eigenthumsklage wird, wie gezeigt ist, durch Nichterfüllung der negativen Eigenthumspflicht, also durch positive Störung der Eigenthumsherrschaft über die Sache, begründet. Diese ist in doppelter Weise möglich, durch völlige Vorenthaltung der factischen Herrschaft, also des Besitzes, oder durch bloße Eingriffe in dieselbe. Im ersten Falle geht die Klage auf Erlangung des Besitzes, im zweiten auf Abwehr der Eingriffe. Man unterscheidet danach positive und negative Eigenthumsklage, vindicatio und actio negatoria.

1) Die Vindication ist also die Klage, die der nichtbesitzende Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums gegen den besitzenden Nichteigenthümer auf Herausgabe der Sache anstellen kann. Verbunden werden können damit secundäre Ansprüche auf Ersatz wegen Früchte, Beschädigung u. s. w. nach dem oben S. 285 angegebenen Principe. Das Klagerecht auf Herausgabe des Besitzes ist einfache reine Consequenz des Besitzrechtes des Eigenthümers, bloße Geltendmachung des Eigenthums. Daher ist die Klage an sich ganz absolut und unbedingt gegen jeden Besitzer der Sache begründet, und kann nur etwa indirect durch besondere Rechte des Besitzers, dingliche oder obligatorische, gehindert oder beschränkt werden. Dagegen kann darauf an sich nichts ankommen, wie, auf welche Weise der Besitzer die Sache bekommen hat, ob mit oder ohne Rechtsgrund, bona oder mala fide, gegen Entgelt oder umsonst, u. s. w. Er muß die Sache in allen Fällen gleichmäßig herausgeben, und kann sich nur an seinen etwaigen Auctor halten, auch ist der Vindicant nicht verpflichtet, ihn in irgend einer Weise zu entschädigen, namentlich ihm seinen gezahlten Kaufpreis zu ersetzen. Alle derartigen Beschränkungen sind Beschränkungen des Eigenthums selber. Durch die Ersatzpflicht namentlich kann dem Eigenthümer der eigentliche Werth seines Eigenthums vollständig entzogen werden. Volles Eigenthum und absolute Vindication gehören wesentlich zusammen. Das römische Recht hat diese Consequenz auch vollständig und unbeschränkt gezogen und zeichnet sich dadurch aus. Zur Beseitigung der Nachtheile, die sich für den Verkehr daraus ergeben können, dienen Specification und Usucapion, namentlich die alte kurze Mobilien=Usucapion. Das ältere deutsche Recht hat diese absolute Vindication nicht gehabt, und in Folge davon ist sie auch in den neueren Gesetzbüchern gegen den redlichen Besitzer mehrfach beschränkt, namentlich auch im deutschen Handelsgesetzbuche bei den im Handelsverkehre erworbenen Sachen.

Zur Begründung der Vindication gehört natürlich der Beweis des Eigenthums. Dabei tritt hauptsächlich der Unterschied der originären und derivativen Titel praktisch hervor. Bei den ersteren genügt stets der Beweis des Titels an sich, bei den letzteren

hilft der Titel nur, wenn der Auctor das Eigenthum hatte, folglich muß auch dieses bewiesen werden, und dann das des Auctors des Auctors u. s. w. Zur Erleichterung dieser „probatio diabolica" greifen zwar Specification und Usucapion ein, und können auch die Besitzklagen und die Publiciana benutzt werden, indessen bleibt die Schwierigkeit doch immer noch groß genug, wenigstens nach der modernen Beweistheorie, denn bei den römischen Geschwornen scheint die Sache keine so große Schwierigkeiten gemacht zu haben, und noch weniger bei dem Eidrechte im alten deutschen Rechte. Daher hat man seit dem Mittelalter in verschiedener Weise nach weiteren Erleichterungen gesucht, besonders durch Präsumtionen und durch Ausdehnung der Besitzklagen und der actio Publiciana. Zu festen Resultaten hat dies aber nicht geführt, und namentlich nicht zu einer festen deutschen Vindication aus bloßem Besitze.

2) Die actio negatoria. Dies ist die Klage des Eigenthümers gegen alle Beeinträchtigungen seines Eigenthums ohne Besitzentziehung, also wenn Andere sich Einwirkungen auf die Sache erlauben oder den Eigenthümer an der freien Einwirkung hindern. Der Hauptfall ist die Anmaßung von Servituten. Die Klage geht dann auf Aberkennung derselben und Verbot fernerer Anmaßung. Sie ist insofern eine negative Servitutenklage zum Schutze der Freiheit der Sache von Servituten. Indessen ist sie darauf nicht beschränkt, sondern auch bei andern Beeinträchtigungen möglich, z. B. wenn fremde Sachen irgendwie auf ein Grundstück kommen und nicht wieder abgeholt werden. Der Klagegrund ist allgemein, daß der Eigenthümer vermöge seiner allgemeinen Herrschaft über die Sache alle Eingriffe verbieten kann, zu denen der Andere nicht ein besonderes Recht hat. Dieses Verbietungsrecht ist keine Zugabe zum Eigenthume durch eine besondere Freiheit des Eigenthums, sondern von selbst in ihm enthalten, nur seine negative Seite und die Geltendmachung desselben nur die Eigenthumsklage in negativer Richtung. Darum braucht auch der Eigenthümer bei der Negatoria nur sein Eigenthum, nicht auch die Freiheit desselben zu beweisen, die Behauptung der Servitut ist vielmehr eine Einrede, die der Verklagte beweisen muß. Auch der Quasibesitz der Servitut ändert dies nicht. Ungenau ist es, zu sagen, die Präsumtion sei stets für die Freiheit des Eigenthums.

§. 38. Neben dem absoluten Rechte des Eigenthums muß noch eine gewisse relative Berechtigung nach Analogie des Eigenthums bei demjenigen anerkannt werden, der eine Sache aus einem Eigenthumstitel in gutem Glauben an sich gebracht hat, aber das Eigenthum nicht erwarb, weil es sein Auctor nicht hatte, oder der Titel sonst einen ihm unbekannten Mangel hatte. Er hat zwar kein absolutes Recht, aber doch relativ mehr Recht auf Besitz und Genuß der Sache, als der, der die Sache ohne Titel oder in bösem Glauben an sich bringt. Der redliche titulirte Besitzer muß daher, wenn er den Besitz verliert, eine Klage nach Analogie der Vindication haben, die gegen jeden schlechtern Besitzer geht, nicht aber gegen den gleich guten oder gar gegen den Eigenthümer. Das römische Recht hat eine solche Klage in der prätorischen actio Publiciana. Dabei ist nur die Beschränkung, daß der redliche Besitz als Usucapionsbesitz aufgefaßt, und die Klage daher bei allen von der Usucapion ausgeschlossenen Sachen, namentlich den res furtivae, auch ausgeschlossen ist. In der Sache selbst ist dies nicht begründet, sondern nur historisch zu erklären, auch schon von den Römern selbst nicht consequent festgehalten. Für uns hat es gar keinen Sinn, und keinenfalls darf man es durch den kanonischen Satz von der mala fides superveniens noch ausdehnen.

Eine Folge des Princips der Publiciana ist, daß auch der Eigenthümer, da er ja stets Titel und fides haben muß, die Klage anstellen kann, sofern die Sache in unredlichen Händen ist, und daß er sich dadurch dann den Eigenthumsbeweis ersparen kann.

Verkehrterweise hat man in dieser Beweiserleichterung wieder den Grund der Klage, statt der Folge, sehen wollen. Die Römer sprechen gar nicht davon.

Die Anerkennung des relativen Eigenthums ist schon von den Römern zu weiteren Consequenzen entwickelt. Zunächst gehört dahin der Satz, daß der bonae fidei possessor das Eigenthum der Früchte erwirbt, und bei der Vindication nur die noch existirenden dem Eigenthümer herauszugeben braucht. Dann ferner, daß auch bei andern Eigenthumsrechten der bonae fidei possessor dem Eigenthümer gleich behandelt wird, so lange dieser nicht auftritt, z. B. bei der Negatoria, Veräußerungsverboten, Verpfändungen u. a. Bei uns ist dies Princip ganz allgemein angenommen, so daß in allen Fällen und Beziehungen, wo das Eigenthum als Präjudicialpunkt in Betracht kommt, wie namentlich bei allen Realrechten, besonders Servituten, der titulirte redliche Besitz gleiches Recht hat und sein Beweis genügt. Man nennt dies in der Praxis publicianisches oder prätorisches Eigenthum.

III. Die Servituten.

§. 39. Daß neben dem Eigenthume, als der allgemeinen Herrschaft über die Sache, andere Personen specielle beschränkte Rechte an der Sache haben können, und in welchem Verhältnisse diese dann zu dem Eigenthume stehen, ist oben S. 297 gezeigt. Sie können sich entweder auf die Sache als Gegenstand der physischen Benutzung beziehen, oder auf die Sache als Object von einem bestimmten ideellen Werthe, der sich durch Verwerthung der Sache realisiren läßt. Das letztere ist das Pfandrecht. Die ersteren können einen sehr verschiedenen Inhalt und Umfang haben, und danach auch in verschiedener Weise classificirt werden. Der Hauptunterschied scheint der zu sein, ob die Rechte auf specielle einzelne Nutzungsarten, z. B. Wege- Wasser- Weidenutzung, gehen oder auf die gesammte Benutzung, Gebrauch und Fruchtgenuß. Die Römer scheiden aber nicht einfach auf diese Weise. Sie trennen vielmehr bei den Rechten auf die gesammte Benutzung die, welche nur einer Person als solcher, also höchstens auf Lebenszeit, zustehen (Nießbrauch), von denen, die vererblich und veräußerlich sind (Erbpacht), verbinden die ersteren mit den speciellen Nutzungsrechten, und stellen beide zusammen unter den gemeinsamen Begriff Servituten. Man hat dies vielfach als unlogisch getadelt. Indessen liegt dabei ein sehr richtiger praktischer Gesichtspunkt zu Grunde. Die vererblichen und veräußerlichen Rechte auf die gesammte Benutzung, also die s. g. Erbpachtrechte, nehmen im Verhältnisse zum Eigenthume und überhaupt im praktischen Leben eine völlig andere Stellung ein, als die rein persönlichen. Der Eigenthümer verliert bei der Erbpacht die unmittelbare Nutzung seiner Sache für immer oder wenigstens für unbestimmte Zeit, und bekommt sie nur indirect durch Verpflichtung des Berechtigten zu bestimmten Leistungen wieder. Es entsteht dadurch ein dauerndes Verhältniß von Ueber- und Unterordnung, gewissermaßen Ober- und Untereigenthum, was beim ländlichen Grundeigenthume auch eine weitgehende sociale Bedeutung gewinnt. Bei den rein persönlichen Nießbrauchsrechten ist davon keine Rede. Sie erscheinen als vereinzelte meist kurze Benutzungen fremder Sachen wegen specieller Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnisse. Sie bewirken zwar eine temporäre Hemmung oder Schmälerung der Eigenthumsnutzung, aber ohne dauernde Aenderung seines Werthes und seiner Bedeutung. Eben darum stehen sie praktisch den speciellen Nutzungsarten näher, da diese auch nur unbedeutendere Beschränkungen und Schmälerungen der Benutzung des Eigenthums enthalten.

Die Aufstellung des Gesammtbegriffes für die Servituten im Gegensatze zu den Erbpachtrechten ist danach allerdings schwierig. Man kann sie als beschränkte, nämlich im Inhalte oder in der Dauer beschränkte, Nutzungsrechte bezeichnen, indessen sind die

Erbpachtsrechte auch nicht ohne Beschränkung und zwar auch wieder größere und geringere. Der Hauptunterschied liegt daher in der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Erbpacht, da die Servituten stets untrennbar nur für ein bestimmtes Subject, als Personalrecht für eine Person, als Realrecht für ein Grundstück, begründet werden können.

Der Begriff der Servituten schließt übrigens in dieser römischen Ausdehnung sehr disparate Verhältnisse in sich. Der Hauptunterschied ist, ob sie Real- oder Personalrecht sind, Real- oder Personalservitut. Die ersteren beziehen sich nur auf die Verhältnisse des Grundeigenthums, und zwar die kleinen Bedürfnisse und Aushülfen der benachbarten Grundstücke unter einander. Sie können nur auf specielle Nutzungen gehen, und sind bei Mobilien, activ und passiv, zwar an sich wohl nicht unmöglich, aber kein praktisches Bedürfniß. Die Personalservituten dagegen umfassen den gesammten Inhalt der Servituten, sie beziehen sich zwar factisch in der Regel auf die gesammte Benutzung, Gebrauch und Fruchtgenuß oder wenigstens Gebrauch, indessen können stets auch einzelne Nutzungen, z. B. Wege- und Wasserrechte, als Personalservitut begründet werden.

Der rechtliche Charakter der Servituten zeigt sich hauptsächlich in folgenden Punkten:

1) Sie sind dingliche Rechte, geben also eine Herrschaft über die dienende Sache als solche, nämlich entweder positiv auf oder mit derselben etwas zu thun, oder eine dauernde Vorrichtung auf ihr zu haben, oder negativ den Eigenthümer zu hindern, auf seiner Sache etwas Bestimmtes zu thun oder zu haben. Der Eigenthümer der dienenden Sache ist dabei immer nur negativ betheiligt, bei den positiven Servituten das Thun oder Haben nicht zu hindern, bei den negativen das Verbotene nicht zu thun oder zu haben. Zu einem positiven Thun ist er nie verpflichtet, das wäre Obligation und begründet den Begriff Reallast.

2) Sie sind Rechte an einer fremden Sache, bei der eigenen gehen sie von selbst im Eigenthume auf.

3) Sie beschränken die Ausübung des dienenden Eigenthums, aber nur zu Gunsten des Berechtigten, im übrigen und gegen Dritte bleibt die Ausübung frei.

4) Sie müssen dem Berechtigten einen Nutzen gewähren. Nutzlose Beschränkungen des Eigenthums können nach den allgemeinen Principien der Rechte auch kein Inhalt von Servituten sein. Bei Realservituten muß der Nutzen nach dem Bedarfe des herrschenden Grundstücks bemessen werden. Darauf beruht unter anderem, daß das dienende Grundstück benachbart, wenigstens nicht weit entfernt sein muß.

5) Sie sind untheilbar, insofern das einzelne Thun als solches nur ganz oder gar nicht geschehen kann. Theilung nach Zeit und Maß ist zulässig.

6) Dem Rechte der Servitut parallel ist auch ein Besitzverhältniß möglich, d. h. eine beschränkte servitutmäßige factische Herrschaft über die Sache. Sie besteht in der factischen Möglichkeit, dem Inhalte einer betreffenden einzelnen Servitut gemäß auf die Sache einwirken zu können. Die Römer fassen dieses factische Ausüben des Servitutrechts bildlich als ein factisches Haben des Rechts, als unkörperlicher Sache, auf, sehen daher nicht die Sache sondern das Recht als Gegenstand des Besitzes an, und bezeichnen diesen daher als quasi possessio iuris. Man hat sich dabei vor der scheinbaren Consequenz zu hüten, daß zum Besitze einer Servitut, wie zu dem einer Sache, vor allem deren Existenz gehöre. Erwerb und Verlust dieses Quasibesitzes ist natürlich möglichst nach Analogie des Sachenbesitzes zu beurtheilen, an der Stelle des animus domini steht hier der animus iure suo faciendi, doch sind dabei allerlei Schwierigkeiten, auf die aber hier nicht näher eingegangen werden kann.

§. 40. Bei den einzelnen Servituten sind 1) die Realservituten nach Zahl und Inhalt völlig unbeschränkt. Sie hängen im allgemeinen von der factischen Gestaltung der Verhältnisse, Bedürfnisse und Gewohnheiten des Lebens, im einzelnen von den Verabredungen und Ausübungen der Parteien ab. Zwar finden sich die römischen Begriffe im ganzen auch bei uns wieder, aber im einzelnen stets mit Verschiedenheiten und Modificationen. Als feste Gesetze können daher die römischen Bestimmungen bei uns nicht angesehen werden. Die Römer unterscheiden hauptsächlich servitutes praediorum urbanorum und rusticorum. Der Ausdruck stammt aus einer Zeit, wo die städtischen und ländlichen Bedürfnisse noch völlig verschieden waren. Später ist er verallgemeinert zu dem Unterschiede von Gebäude- und Feldservituten, allein auch dieses reicht zur Classificirung der Servituten nicht aus, da dieselbe Servitut vielfach bei Gebäuden ebenso gut vorkommt, als bei Feldern. Nur durchschnittlich kann man sagen, daß die Servituten bei Gebäuden meistens auf das Haben oder Nichthaben von dauernden Vorrichtungen gehen, bei Feldern auf die Vornahme oder Nichtvornahme einzelner Handlungen. Praktische Unterschiede lassen sich jedenfalls nur auf diese Verschiedenheiten des Inhalts gründen.

Im einzelnen waren a) von den Feldservituten in Rom die wichtigsten die Wege- und Wasserservituten, die in verschiedener Weise vorkommen, als iter, actus, via, aquaeductus, aquaehaustus u. s. w. Sie finden sich zwar auch bei uns und in unendlichen Varietäten, viel wichtiger sind aber bei uns die Weide- und Holzservituten, die in Rom noch ohne Erheblichkeit waren. b) Die Gebäudeservituten beziehen sich in Rom wie bei uns vorzugsweise auf die Anlage und Einrichtungen von Gebäuden und Mauern an den Grenzen der Grundstücke, besonders ihre Bauart in Betreff der Fenster, Lucken, Aussicht, Licht, Aus- und Ueberbaue, Dachtraufen, Tropfenfall, Benutzung der fremden Mauer u. s. w. Außerdem kommen sie aber auch als Rechte auf Nichtvornahme einzelner Handlungen in Beziehung auf Feuer, Rauch, Wasser u dgl. vor.

2) Bei den Personalservituten ist die Hauptservitut der Nießbrauch, usus fructus, d. h. das Recht des vollständigen Gebrauchs und Fruchtgenusses einer fremden Sache unbeschadet ihrer Substanz, also das Recht, insoweit direct oder indirect jeden Nutzen, Vortheil und Gewinn daraus zu ziehen, der möglich ist. Puchta meinte darum, der Nießbrauch überschreite den Servitutbegriff, weil er das Bedürfniß überschreite. Er bedachte nicht, daß das Bedürfniß des Menschen über Hunger und Durst hinausgeht und unendlich ist. Das Anwendungsgebiet des Nießbrauchs ist hauptsächlich das Familien- und Erbrecht bei väterlicher Gewalt, zweiter Ehe, dos, überlebenden Ehegatten, Vermächtnissen, u. a. Er kommt daher auch mehr fast noch bei ganzen Vermögen, als einzelnen Sachen vor. Bei den ersteren machte die Anwendung auf verzehrbare Sachen, namentlich Geld, anfangs Schwierigkeiten in Rom. Ein eigenes Senatusconsult erledigte sie durch die Bestimmung, daß dabei der Capitalwerth als Substanz behandelt werden solle (quasiususfructus). Bei andern Sachen ist übrigens als die zu erhaltende Substanz nicht die bloße Materie anzusehen, sondern die Gestalt und Beschaffenheit der Sache, die sie in ihrer concreten Bestimmung für den Gebrauch hat, so namentlich bei Grundstücken in Betreff der Häuser, Gärten, Wälder u. s. w. Zur Sicherung des Eigenthümers muß der Usufructuar stets Caution stellen.

Auch der bloße persönliche Gebrauch einer Sache (usus) kann Personalservitut sein, namentlich bei Gebäuden, Mobilien, Thieren. Das Recht auf Früchte und Vermiethung ist darin an sich nicht enthalten, jedoch von den Römern unter Umständen bis auf einen gewissen Grad hereingezogen. Personalservituten auf specielle Nutzungsarten, z. B. persönliche Wege- oder Wasserrechte, sind zwar selten, aber schon von den Römern anerkannt und unter den Begriff usus gestellt, z. B. usus aquae.

§. 41. Die Entstehungsgründe der Servituten sind: Einräumung vom Eigenthümer durch Vertrag oder Testament, Zuweisung vom Richter, namentlich bei Theilungen und dem s. g. Nothwege, Verjährung, und beim Nießbrauche auch unmittelbare gesetzliche Anordnung. Bei der Einräumung durch Vertrag hat man früher meistens nach Analogie des Eigenthums eine Tradition des Quasibesitzes gefordert, so noch im preußischen Landrechte, die neuere Theorie hat dies mit Recht aufgegeben. Die Verjährung ist besonders bei Feldservituten häufig, sie fordert nach römischem Rechte weder Titel noch fides, sondern nur zehnjährigen fehlerfreien Besitz; nach kanonischem Rechte ist fides nöthig.

Aufgehoben werden die Servituten: hauptsächlich wenn man sie aufgibt, oder nicht ausübt und verjähren läßt, außerdem durch Confusion von Recht und Pflicht in einer Person, was, wenn der Nießbraucher das Eigenthum erwirbt, Consolidation heißt, endlich Personalservituten auch stets durch den Tod des Berechtigten. Die Verjährung tritt in der Regel mit zehnjährigem Nichtgebrauche ohne alles Weitere ein. Nur bei Bauservituten ist eine förmliche Ersitzung der Freiheit nach fehlerfreier Beseitigung der ganzen Servituteinrichtung gefordert.

Die Klage zur Geltendmachung der Servituten heißt actio confessoria. Sie geht nicht blos gegen den Besitzer der dienenden Sache, wenn er die Ausübung der Servitut hindert, stört oder schmälert, sondern auch gegen jeden Dritten, der sie stört, so namentlich gegen Andere, die die gleiche Servitut haben und dadurch Collision bewirken.

Daneben steht der possessorische Schutz für den Quasibesitz der Servituten. Dieser ist bei uns verhältnißmäßig noch wichtiger, als der Schutz des Sachenbesitzes. Es kommen erfahrungsmäßig viel mehr Besitzstörungen und Besitzklagen beim Quasibesitze der Servituten vor, als beim Sachenbesitze. Der Grund liegt nahe, man wird nicht so leicht positive Angriffe auf fremde Sachen machen, als sich in seinen Sachen der Belästigung durch fremde Servituten zu erwehren suchen. Dennoch trat das Bedürfniß des Besitzesschutzes hier in Rom weniger hervor, als beim Sachenbesitze, wenigstens ist er hier weniger ausgebildet, theils wohl wegen der geringeren Bedeutung der Servituten, theils wegen der größeren Kürze und Leichtigkeit der petitorischen Klagen. Nur für die Ausübung der Wege- und Wasserservituten sind eigene Interdicte eingeführt, und auf die Detention beim Nießbrauch wurden die Sacheninterdicte übertragen, die übrigen Servituten blieben ohne besonderen Besitzesschutz. Auch sind jene Klagen gar nicht aus dem Begriffe Quasibesitz abgeleitet, sondern umgekehrt ist dieser erst aus ihnen abstrahirt. Schon im Mittelalter trat aber bei der großen Ausdehnung der realen Rechte das Bedürfniß eines allgemeinen und gleichmäßigen Schutzes des Quasibesitzes sehr lebhaft hervor, und führte zu einer allgemeinen Uebertragung der Sacheninterdicte auf den Quasibesitz.

IV. Das Untereigenthum.

§. 42. Nutzungsrechte an fremden Sachen, die über die Servituten hinausgehen, die also die gesammte Nutzung umfassen, wie der Nießbrauch, aber nicht wie dieser auf eine bestimmte Person beschränkt sind, sondern vererblich oder selbst auch veräußerlich sind, können unter sehr verschiedenen Modalitäten begründet werden. Der eigentliche Kern des Rechts, das Nutzungsrecht, ist zwar immer dasselbe, allein die Verfügung über die Sache, die Vererbung und Veräußerung, die Gegenleistungen, die Entstehung und Aufhebung können in der mannichfachsten Verschiedenheit geordnet werden. Das römische Recht hatte nur zwei derartige Verhältnisse: die Emphyteuse, die hauptsächlich bei ländlichen Grundstücken vorkam, und die Superficies, die sich nur auf Gebäude bezieht. Die letztere hatte nur eine sehr vereinzelte Existenz bei Gebäuden auf fremdem Bauboden, die erstere bekam

dagegen als eine Art Erbpacht von bäuerlichen Gütern in der späteren Kaiserzeit auf den Ländereien des Kaisers und Staates und der Städte und Kirchen eine große Ausdehnung, und umfaßte bei diesen fast den ganzen Bauernstand; in der classischen Zeit spielt sie nur erst eine untergeordnete Rolle. Das ökonomisch-rechtliche Wesen von beiden lag, wie oben S. 305 gesagt, in der dauernden Trennung der directen Nutzung der Sache vom Eigenthume und der Substituirung einer indirecten Nutzung durch Obligation des Nutzungsberechtigten. In Deutschland hat dieses Princip aber im Mittelalter eine ganz ungemeine Ausdehnung erhalten. Es beherrschte in den mannichfachsten Formen eigentlich das ganze ländliche Grundeigenthum, den großen Grundbesitz in der Form des Lehns, den kleinen in den verschiedenen Formen der Bauergüter als Bauerlehn-, Meier-, Zins-, Erbpacht-, Landsiedel-, Colonatgüter u. s. w. Beim Ritterlehn ging das Verhältniß zwar weit über die Grenzen des Privatrechts hinaus, namentlich durch die gegenseitige Lehnstreue und den Inhalt der Lehnspflicht als Kriegs- und Hofdienst; ähnlich auch bei vielen Bauergütern durch die publicistischen Wirkungen der Gutsherrschaft. Die eigentliche rechtliche Grundlage war aber doch überall eine privatrechtliche, und beruhte wie bei Emphyteuse und Erbpacht auf dem obigen Principe der indirecten Nutzung des Eigenthums.

Gleichartige Verhältnisse unter gemeinsame Begriffe zusammenzufassen, ist unabweisliche Forderung der Theorie. Das Mittelalter befriedigte sie hier, indem es aus dem Gegensatze der directa und utilis vindicatio bei Emphyteuse und Superficies ganz naiv den Unterschied von dominium directum und utile herauszog. Ein gesunder praktischer Sinn bildete daraus im Deutschen die Scheidung von Ober- und Untereigenthum. Erst eine unklare Theorie legte dabei die Idee einer Theilung des Eigenthums nach Proprietäts- und Nutzungsrechten und die Uebersetzung des dominium utile in nutzbares Eigenthum zu Grunde. Mit Recht hat die neuere Theorie dies verworfen. Wenn nun aber seitdem das Wort Untereigenthum so verpönt ist, daß ein Romanist es kaum mehr auszusprechen wagt, so ist das ein großer Uebelstand, weil damit auch der ganze innere Zusammenhang der Verhältnisse in der Theorie abgeschnitten ist. Bei den Romanisten schwimmen jetzt Emphyteuse und Superficies vereinzelt als principlose Anomalien neben Servituten und Pfandrecht im Systeme herum, weder unter sich noch mit ihren deutschen Verwandten durch irgend ein Band verbunden. Die Germanisten dagegen haben zwar für ihre Verhältnisse ein solches Band in der alten Gewere, und substituiren dieser das Wort Untereigenthum, sie glauben dieses aber nur durch völlige Trennung von der römischen Emphyteuse möglich machen zu können, und bemühen sich dafür zwischen Eigenthum und Recht an fremder Sache noch einen (unnöthigen und unmöglichen) Mittelbegriff einzuschieben Man sollte sich beiderseits klar machen, daß alle diese Verhältnisse der Sache nach auf *einem* Principe beruhen und *einen* Begriff bilden, und bei aller Verschiedenheit in dieser Einheit anerkannt werden müssen.

Die Vereinigung kann, da der römische Begriff vom Eigenthum einmal recipirt ist, der Sache nach nicht anders als im Begriffe des Rechts an fremder Sache geschehen, und dadurch werden bei der weiten Dehnbarkeit desselben die deutschen Verhältnisse auch in gar keiner einzigen Beziehung irgendwie beeinträchtigt oder verkümmert. Will man aber einen gemeinsamen Ausdruck für den gemeinsamen Begriff, so bietet die Sprache bis jetzt keinen andern, als den des Untereigenthums dar. Der Name ist im Leben recipirt, und bezeichnet die praktische Stellung des Rechts insofern ganz passend, als die betreffenden Personen im Leben factisch gewissermaßen das Eigenthum repräsentiren und wie Eigenthümer agiren, sie sind wirklich Vice-Eigenthümer. Rechtlich darf man allerdings aus dem Worte „Eigenthümer“ keine praktischen Consequenzen ableiten wollen. Sie sind eben keine wirkliche Eigenthümer, sondern nur *Unter*-Eigenthümer.

V. Das Pfandrecht.

§. 43. Das Pfandrecht ist das Recht auf den Werth einer fremden Sache. Der Begriff ist durch die ideelle Natur des Verhältnisses von Sache und Werth complicirter und schwieriger, als der der Nutzungsrechte, und daher in unserer Theorie äußerst bestritten. Seine allgemeinen Grundlagen sind folgende. Die Sachen sind von Natur nur physische Gegenstände von concreter physischer Beschaffenheit, durch die sie der physischen Benutzung der Menschen dienen. Im socialen Verkehre erscheint aber jede Sache durch die Anwendung des Werthbegriffs zugleich ideell als Träger eines bestimmten Werthes, also abstract als ein Object von einem bestimmten Werthe. Dieser Werth läßt sich in Gelde realisiren, indessen bildet er dann den Gegensatz zu der physischen Substanz und ihrer Nutzung, ist ihr Aequivalent, und kann daher nur dadurch, daß man das Recht auf sie dagegen aufgibt, erlangt werden. Dies ist die Verwerthung der Sache durch ihren Verkauf. Nur bei einer Sache, dem Gelde selber, fallen physische Substanz und Geldwerth in eins zusammen. Der Eigenthümer, dem die Sache allgemein und in jeder Beziehung unterworfen ist, hat als solcher natürlich von selbst auch das Recht, sich ihren Werth auf diese Weise in Gelde zu verschaffen. Wie aber das Recht auf die physische Benutzung neben dem Eigenthume Andern eingeräumt werden kann, so auch das Recht auf die Verwerthung und den Werth. Ein solches Verwerthungsrecht ist dann ein Recht an der Sache selbst, so gut wie die Nutzungsrechte. Der Unterschied ist an sich nur, daß bei diesen die Sache in Beziehung auf ihre physischen Eigenschaften, bei jenem in Beziehung auf ihren ideellen Werth in Betracht kommt, also bei den einen als Nutzungsobject, bei dem andern als Werthsobject. Natürlich geht daraus aber eine durchgreifende Verschiedenheit beider Rechte in der gesammten speciellen Ausführung hervor, so namentlich in den drei Hauptpunkten:

1) Das Verwerthungsrecht gibt an sich durchaus kein Recht auf Besitz und Nutzung der Sache oder sonst eine physische Einwirkung auf sie, sondern durchaus nur auf ihre Verwerthung, d. h. ihren Verkauf, und nur dadurch, insofern der Verkauf durch die Tradition vollzogen werden muß, auch auf den Besitz.

2) Das Verwerthungsrecht zerstört in seiner Ausübung das Eigenthum selber, weil der Werth der Sache nur gegen das Eigenthum derselben eingetauscht werden kann. Darum ist aber doch immer die Sache und nicht das Eigenthum an ihr der Gegenstand des Rechts. Die Sache hat den Werth, nicht das Recht.

3) Das Verwerthungsrecht hat immer nur eine subsidiäre Ausübung, weil nicht der Act des Verwerthens als solcher, sondern sein Resultat, die Erlangung des Werthes, seinen Zweck bildet, und darum wenn der Werth dem Berechtigten unmittelbar verschafft wird, der Zweck der Verwerthung wegfällt.

Auf diesem allgemeinen Begriffe von Verwerthungsrecht beruht nun sowohl der römische als der heutige Begriff von Hypothek. Das Recht auf den Geldwerth einer Sache setzt ein Recht auf Geld überhaupt voraus, und zwar ist dieses als solches das eigentliche Hauptrecht, das Recht auf die Erlangung des Geldes durch Verkauf einer bestimmten Sache kann immer nur ein Mittel zur Befriedigung und Sicherung dieses Hauptrechtes sein. Ein Recht auf Geld überhaupt kann aber an sich nur ein Recht gegen eine Person sein, also ein Obligationsrecht, und insofern setzt ein Verwerthungsrecht an einer Sache wesentlich stets ein Forderungsrecht gegen eine Person voraus, und seine Bedeutung ist nur, die Realisirung der Forderung durch die Sache zu sichern. Auf der einfachen rechtlichen Fixirung und Durchführung dieses Verhältnisses, also eines principalen persönlichen Forderungsrechts und eines dinglichen Sicherungsrechts, beruht das

römische Pfandrecht. Es ist wesentlich ein dingliches Verkaufsrecht zur Sicherung einer Obligation, also wesentlich accessorisch, es kann nicht ohne Obligation entstehen, nicht über ihren Betrag gehen, nicht von ihr getrennt werden, und muß eigentlich auch mit ihrer Aufhebung aufhören. In dieser letzten Beziehung hat aber das römische Recht den accessorischen Charakter des Pfandrechts nicht festgehalten. Zwar hört es mit der eigentlichen Befriedigung der Hauptforderung stets von selbst auf, allein bei Aufhebung ohne Befriedigung, z. B. bei Verjährung der Schuld, kann es fortdauern (ob in allen Fällen oder nur einigen, und welchen, ist zweifelhaft), so daß dann das Recht auf die Geldsumme gar nicht mehr als persönliches Forderungsrecht existirt, sondern nur als das Recht, die Pfandsache zu verkaufen, und das Geld auf die frühere Forderung hin zu behalten. Diese Möglichkeit hat nun das deutsche Recht namentlich in neuerer Zeit selbstständig und allgemein aufgefaßt und darauf die Selbstständigkeit der Hypotheken gegründet. Diese Selbstständigkeit, also die Begründung von Hypothek ohne Personalforderung, darf man sich natürlich nicht so denken, als ob hier ein Recht auf die Verwerthung und den Geldwerth einer Sache entstände, ohne daß man zuvor durch persönliche obligatorische Verhältnisse ein Recht auf die betreffende Geldsumme überhaupt bekommen hätte. Es versteht sich von selbst, daß kein Eigenthümer Jemandem ein ernstlich gemeintes Recht auf den Geldwerth seiner Sache einräumt, wenn er ihm nicht Geld schuldig ist, oder es ihm schenken will und insofern auch schuldig ist. Insofern entsteht auch bei uns keine Hypothek ohne Obligation. Allein der Unterschied ist, daß die Hypothek hier von dem persönlichen Obligationsverhältnisse ganz abgelöst wird, und dem Gläubiger einfach das Recht gegeben wird, eine Sache zu Erlangung einer bestimmten Geldsumme zu verkaufen, falls ihm der Besitzer derselben das Geld nicht unmittelbar gibt. Auf das Obligationsverhältniß, was die Veranlassung (causa) zu der Hypothek bildete, wird dabei keine Rücksicht weiter genommen. Die persönliche Haftung kann formell selbstständig daneben bleiben, sie kann aber auch ganz durch die dingliche Haftung ersetzt werden. Das Princip ist daher, daß wie aus einem Wechsel abstract, d. h. ohne Rücksicht auf die causa, auf die Wechselsumme geklagt werden kann, so bei der Hypothek abstract, ohne Rücksicht auf die causa, auf die Realisirung der Hypothekensumme geklagt werden kann. An sich werden natürlich Hypotheken so wenig wie Wechsel ohne causa ausgestellt. Nur in der Erleichterung des Verkehrs mit Wechseln und Hypotheken durch ihre formelle Befreiung von ihrer causa liegt das praktische Wesen beider. Deshalb kann das Gesetz auch die Berücksichtigung der causa und die Einreden daraus bei Hypotheken ebenso gut wie bei Wechseln wenigstens für den Fall zulassen, daß es sich um einen Streit zwischen den ursprünglichen Parteien, und nicht um dritte Cessionare, handelt.

Kehrt man zum römischen Pfandrechte zurück, so ist zu dessen Bestimmung noch folgender Zusatz nöthig. Ein Recht auf den Werth ist natürlich bei allem möglich, was einen Geldwerth hat, also nicht blos bei Sachen als Objecten des Eigenthums, sondern auch bei den Objecten von andern Rechten, namentlich Nutzungsrechten an Sachen, Obligationen, ja dem Pfandrechte selbst wieder. Bei diesen kann aber, oder muß selbst, die reale Verschaffung des Werthes mehrfach in anderer Weise, als durch Verkauf geschehen, z. B. bei Obligationen durch ihre Einkassirung. Danach muß man das Pfandrecht denn allgemein definiren als das Recht an fremden Rechtsobjecten, sich ihren Werth in Gelde (durch Verkauf oder auf andere Weise) zur Befriedigung einer Forderung zu verschaffen. Der „Normalfall“ des Pfandrechts, aus dem auch sein ganzer Begriff und seine ganze Entwickelung hervorgegangen ist, ist natürlich immer das Pfandrecht an Sachen. Schließlich ist für den Begriff des Pfandrechts noch hervorzuheben, daß ein Besitz bei ihm als solchem nicht möglich ist, weil es als Verwerthungsrecht nur Eine Ausübung hat und mit dieser erlischt.

Dagegen kann mit ihm zur Sicherung des Verkaufes ein dingliches Recht auf die Detention der Sache verbunden werden, und dafür ist dann Quasibesitz möglich. Doch ist dies nicht römische Anschauung, vielmehr bildet im römischen Rechte die Detention des Faustpfandgläubigers einen Fall des s. g. abgeleiteten Sachenbesitzes.

§. 44. Kein Theil des römischen Rechts steht bei seinen Gegnern so in Verruf, wie das Pfandrecht, und andererseits können auch seine eifrigsten Vertheidiger nicht umhin, hier bedeutende Mängel zuzugestehen. Statt einer specielleren Darstellung des römischen Pfandrechts, wozu hier kein Raum ist, mögen daher die Gründe seiner Mangelhaftigkeit und die Hauptunterschiede gegen das heutige Recht hervorgehoben werden.

Daß die römischen Juristen bei der Behandlung und Entwickelung des Pfandrechts denselben Scharfsinn und dieselbe grandiose Consequenz entwickelt haben, wie bei allen übrigen Theilen des Rechts, zeigt ein Blick in die wenigen Titel vom Pfandrechte in den Pandekten. Dennoch ist es außer Zweifel, daß das römische Pfandrecht den eigentlichen Zweck alles Pfandrechts, Sicherung des Credits, nicht erfüllt, im Gegentheil vollständig verfehlt. In welchem Maße dieses der Fall war, und wie wenig schon die Römer selber sich daraus ein Hehl machten, sieht man am deutlichsten aus den Bestimmungen über die Pupillengelder, daß diese wo möglich zum Ankaufe von Grundstücken verwendet werden sollen, daß sie aber auf Hypothek nur im Nothfall ausgethan, sonst lieber in den Kasten gelegt werden sollen. Es fragt sich, wie das mit der sonstigen Größe und namentlich der praktischen Richtung der römischen Jurisprudenz zu vereinigen sei? Der Grund liegt zunächst darin, daß sich der Zweck des Pfandrechts, Sicherheit des Realcredits, überhaupt nicht durch bloße Wissenschaft erreichen läßt, sondern nur durch öffentliche Einrichtungen von der Gesetzgebung, und daß diese die Wissenschaft beim Pfandrechte nicht unterstützte, sondern ihr vielmehr entgegengewirkt hat. Die Wissenschaft konnte als solche nur eine einfache Entwickelung des Pfandvertrags als reinen Privatvertrags geben. Dies hat sie gethan, und zwar mit der vollen gewohnten Meisterschaft. Allein so vollkommen sie dabei die Rechte des Gläubigers entwickelte, so lag es doch vollständig außerhalb ihrer Macht, dem Gläubiger ein Mittel zu geben, wie er bei Annahme einer Verpfändung Kenntniß von den etwaigen früheren Verpfändungen der Sache bekommen könnte. Darin liegt nun aber natürlich gerade der Angelpunkt der ganzen Sicherheit alles Pfandwesens, daß man sicher das erste Recht am Werthe der Sache hat, daß man wenigstens weiß, wie viel einem vorgeht. Diese Kenntniß vermag die Wissenschaft nicht zu geben, und darum hatte das römische Pfandrecht von vornherein eine Lücke, die fast bei jedem Schritte der Entwickelung größer werden und zuletzt den ganzen Zweck des Pfandrechts verschlingen mußte. Die einfache Entwickelung des Pfandbegriffs führte die Juristen nothwendig zur Zulassung von Generalhypotheken, von stillschweigenden, von zukünftigen Hypotheken, — alles mußte die Möglichkeit der Kenntniß erschweren. Natürlich gingen die Kaiser unbefangen auf dem Wege weiter, machten die Sache durch Einführung einer Menge gesetzlicher Pfandrechte noch schlimmer, und um nun die Folgen des mangelhaften Systems wenigstens von einzelnen bevorzugten Personen abzuwenden, hoben sie auch den letzten Rest von Sicherheit durch Ertheilung weitgreifender Pfandprivilegien vollständig auf. Die einzige zweckmäßige Bestimmung, die wenigstens zur Milderung des Grundfehlers diente, war, wenigstens das Antedatiren der späteren Hypotheken zu verhindern oder unschädlich zu machen durch Vorzug der öffentlichen Hypotheken vor den privaten.

Wenn nun aber hiernach auch die Schuld an der Mangelhaftigkeit des römischen Pfandrechts von den Juristen auf die Kaiser überzugehen scheint, so muß man doch wieder fragen, warum sie keine bessere Gesetzgebung veranlaßt haben. Gerade die größten von ihnen standen ja den Kaisern ganz nahe, und hatten ja eigentlich die ganze Justiz

und Gesetzgebung in ihren Händen. Unzweifelhaft wäre es für Männer wie Papinian, Ulpian u. a. ein Leichtes gewesen, ihre Kaiser zur Einführung von Hypothekenbüchern zu bestimmen. Warum haben sie es nicht gethan? Offenbar, weil ihnen selber gar nicht der Gedanke daran kam. Dies aber beruht darauf, daß die ganze römische Rechtsbildung überhaupt nur den abstract logischen und privatrechtlichen Standpunkt hat, und alle höheren organischen Einrichtungen und Gestaltungen des öffentlichen und socialen Lebens keine Erkenntniß und Pflege darin finden. Die obige Grundbedingung aller Pfandsicherheit, die Kenntniß der geschehenen Verpfändungen einer Sache, kann der Einzelne sich nicht verschaffen, allein die Gesammtheit als solche, die bei der Ordnung und Sicherheit des Credits interessirt ist, kann und muß öffentliche Einrichtungen treffen, wodurch dem Einzelnen jene Kenntniß verschafft wird. Auf dieser Idee beruht das Institut der Hypothekenbücher, was die Basis des heutigen Pfandwesens bildet, zu dessen Entwickelung man zwar auch Jahrhunderte gebraucht hat, durch das aber nun die Erreichung des Zweckes des Pfandrechts möglich gemacht ist. Der Begriff des Pfandrechts an sich ist dadurch kein anderer geworden, als der römische (auch in Betreff der Selbstständigkeit nicht), allein die ganze Ausführung hat dadurch eine so total andere Gestalt bekommen, daß die römischen Bestimmungen im einzelnen doch nur in geringerem Maße noch verwendbar sind. Eine genauere Beschreibung des Hypothekenbuch-Systems gehört nicht hierher, nur die Hauptunterschiede des römischen und heutigen Pfandrechts sind noch hervorzuheben:

1) Den Ausgang bildet die vollständige Scheidung der Verpfändung von Mobilien und Immobilien. Oeffentliche Bücher zur Erkennbarkeit der Hypotheken sind natürlich bei beweglichen, also transportabeln, Sachen nicht möglich. Das einzige Mittel, um hier das Bedürfniß der Erkennbarkeit, was natürlich hier auch ist, zu befriedigen, ist hier die gesetzliche Beschränkung des Pfandrechts auf das Faustpfandrecht, d. h. das Pfandrecht mit Besitz. Nur wer besitzt, hat Pfandrecht, wer den Besitz hergibt oder sonst verliert, kann wenigstens sein Pfandrecht gegen neue gutgläubige Pfandgläubiger nicht geltend machen. Die ganze Benutzung von Mobilien zur Sicherstellung von Schulden wird dadurch zwar sehr beschränkt, indessen schadet das auch nicht viel, der Hauptfall bei uns, die Sicherstellung durch Werthpapiere, bleibt doch ziemlich unbeschränkt.

2) Bei den Immobilien ist das Buchsystem feste Grundlage, nur was im Buche steht, gilt, und dieses nur nach der Zeit der Eintragung, das Buch aber enthält nur die zum Bezirke gehörigen Grundstücke. Damit sind die römischen Generalhypotheken vollständig beseitigt (Princip der Specialität), ebenso die Legalhypotheken und noch mehr alle Privilegien, zugleich ist dadurch die Selbstständigkeit der Hypothek möglich gemacht. Da übrigens die römische Sicherstellung mancher Obligationen durch Legalhypotheken, z. B. bei Pupillen und Ehefrauen, doch ihren guten Grund hatte, so hat man dies so weit als möglich mit dem Buchsysteme zu vereinigen gesucht durch gesetzliche Ertheilung von Pfandtiteln, d. h. Rechten auf Eintragung.

3) Der Verkauf der Pfandsachen ist insofern wesentlich geändert, als er nicht mehr, wie in Rom, privatim vom Gläubiger, sondern nur öffentlich vom Gerichte vorgenommen werden darf, auch sind die übermäßigen Verzögerungen des römischen Rechts beseitigt, und die eventuelle Zusprechung des Eigenthums an den Gläubiger, die in Rom nur vom Kaiser geschehen konnte, ist den Gerichten überlassen.

4) Die Aufhebung der Buchhypotheken kann natürlich bei Zahlung oder sonstiger Tilgung der Schuld nicht mehr ipso iure eintreten, sondern nur durch Löschung der Hypothek im Buche, wozu die Tilgung der Schuld nur die causa bildet.

5. Das Verhältniß der hinter einander stehenden Hypotheken ist ein anderes geworden. Die Römer mußten, da die Gläubiger die Vorhypotheken häufig nicht kannten, nothwendig das Princip der möglichsten Aufbesserung haben, also daß mit Aufhebung der ersten Hypothek von selbst die zweite die erste würde. Bei uns, wo Jeder seine Vorhypotheken genau kennt, ist dazu kein Grund. Jede Hypothek nimmt vielmehr mit ihrer Summe eine feste Stelle (locus) in der Reihe der Ansprüche auf den Werth der Sache ein, und diese wird durch das Ausfallen eines früheren durchaus nicht geändert. Die ausfallende Stelle wird wieder für den Eigenthümer frei, der sie beliebig frei lassen oder zu neuer Schuld verwenden kann. Dadurch werden die Schwierigkeiten der s. g. hypothekarischen Succession des römischen Rechts von selbst beseitigt.

6. Aus der Festigkeit der Pfandloci ergibt sich endlich die Ausdehnung der Hypotheken an eigener Sache. Im allgemeinen kann man natürlich neben seinem Eigenthume nicht auch noch eine Hypothek haben, d. h. neben dem allgemeinen Verwerthungsrechte des Eigenthümers nicht noch ein besonderes. Sobald indessen Hypotheken da sind, und dem allgemeinen Verwerthungsrechte des Eigenthümers vorgehen, so kann dieser allerdings nun in der Reihe der Hypotheken an Stelle einer Hypothek und zu deren Betrage ein besonderes Verwerthungsrecht haben, was nun auch als Hypothek aufgefaßt werden kann Schon das römische Recht hat dieses zur Ausschließung des Nachrückens der Hypotheken, bei dem heutigen Systeme der Festigkeit der Pfandstellen kann jede freie Stelle als Hypothek für den Eigenthümer behandelt werden.

B. Obligationenrecht.

Allgemeiner Theil.

I. Allgemeine Natur.

§. 45. Der allgemeine Begriff von Obligation ist bereits oben S. 269 bestimmt. Die Obligationen sind danach Verpflichtungsverhältnisse unter den Menschen in Beziehung auf vermögensrechtliche Handlungen, s. g. Leistungen. Sie sind stets Verhältnisse zwischen zwei Personen; der Eine, der Gläubiger, hat das Recht auf die Handlung, kann sie fordern, der Andere, der Schuldner, hat die Pflicht zu der Handlung, muß sie leisten. Obligationen sind also Verpflichtungen; aber nicht alle Verpflichtungen sind Obligationen, auch nicht alle vermögensrechtlichen, sondern nur die, welche über die allgemeinen Verpflichtungen des Personen- und Sachenrechts hinaus durch besondere Gründe entstehen. Die Pflicht, fremde Person und Eigenthum nicht zu verletzen, die Pflichten in Familie und Staat, sind mit den betreffenden Verhältnissen von selbst gegeben; Jemandem Geld zu geben oder Dienste zu leisten, ist Niemand ohne besonderen Grund verpflichtet. Man hat das Hauptgewicht auf den Vermögenswerth der Handlungen legen wollen im Gegensatze zu den nicht pecuniär zu schätzenden Pflichten des Familienrechts. Allein man muß vielmehr umgekehrt sagen, alle solche besondere Verpflichtungen müssen in Gelde ersetzt oder wenigstens gebüßt werden, wenn sie auch an sich keinen eigentlichen Geldwerth haben.

Das Obligationsrecht steht hiernach als rechtliche Herrschaft über andere Menschen neben dem Sachenrechte, als der rechtlichen Herrschaft über die Natur. Aber in wesentlich anderer Weise. Die Person mit ihrem Eigenthume bildet den ruhigen dauernden Zustand des Rechts, den Zustand des Rechtsgenusses. Die Obligationen sind das bewegliche Element im Rechte, das, was den Verkehr unter den Menschen vermittelt, d. h. den Austausch der persönlichen Kräfte und der Sachen gegen einander und die Ausgleichung der Störun-

gen im Rechte; sie bilden insofern die rechtliche Vermittelung für alles Erwerben, Veräußern, Herstellen, Ersetzen. Obligationen entstehen nur, um erfüllt zu werden und damit aufzuhören, nicht für immer. Sie bilden daher die praktischen Rechtsgründe (causae) für die Uebertragung und Einräumung der dinglichen Rechte. Man hat sie daher ius ad rem genannt im Gegensatze zum ius in rem oder in re. Indessen ist das an sich ohne Werth, und es wird ein Fehler, wenn man daraus für das Recht auf die Sache schon in der Obligation selbst ein dingliches Element ableitet.

Das Wesen der Obligation besteht danach näher bestimmt darin, daß sie nur „iuris vinculum", rechtliches Band von Person zu Person ist. Der Gläubiger bekommt zwar eine Herrschaft über den Schuldner, aber nur eine ideelle über seinen Willen, der Schuldner bleibt frei, und ist nur in seinem Willen rechtlich gebunden, der Gläubiger bekommt ein unmittelbares Recht weder über die Person noch die Sache des Schuldners, er kann nur fordern, daß geleistet werde, die Erfüllung annehmen und nöthigenfalls darauf klagen, nie aber den Schuldner zwingen oder ein unmittelbares Recht an der Sache in Anspruch nehmen. Auch hat er das Recht der Forderung nur gegen den Schuldner selbst, dritte Personen berührt die Obligation als solche nicht, sie können weder daraus verklagt werden, auch wenn sie die geschuldete Sache etwa bekommen haben, noch können sie sich in die Obligation rechtlich einmischen. Nicht zu verwechseln damit ist, daß eine Obligation auf einer Sache ruhen oder für jeden Besitzer derselben neu entstehen kann (obligatio und actio in rem scripta). Die persönliche Beziehung der Obligation ist nach römischer Auffassung so wesentlich, daß auch Uebergang der Obligation auf Andere, activ und passiv, Cession und Schuldübernahme, nicht direct möglich sind. (Vgl. unten §. 64. 65.).

Auf dieser Natur der Obligation, als Forderung auf Erfüllung, beruht endlich auch, daß bei der reinen Obligation als solcher kein Besitz möglich ist. Nur wenn ein Obligationsverhältniß auf eine in sich einige dauernde Verpflichtung des Schuldners mit dauernder oder sich wiederholender Ausübung geht, kann die factische Ausübung als dauernde factische Herrschaft aufgefaßt werden, und somit einen Quasibesitz begründen. Dies ist aber nur möglich, wenn die Obligation in einem dauernden dinglichen oder personenrechtlichen Verhältnisse ihren Grund hat, wie bei Reallasten und Obligationen aus Staats-, Kirchen-, Gemeinde- und Corporationsverhältnissen. Dann ist nicht die einzelne Pflicht, sondern die dauernde Pflichtigkeit der Sache, Kirche, Gemeinde u. s. w. der Inhalt des Besitzes. Bei rein persönlichen Obligationen, auch auf längere Zeit wie Miethe und Darlehn, ist dies nicht. Hier ruht jede einzelne Erfüllung unmittelbar auf dem Versprechen als causa, und ist daher nicht Ausdruck und Ausübung einer selbstständigen dauernden Pflichtigkeit. Im römischen Rechte findet sich daher auch überhaupt keine Anwendung des Besitzes bei Obligationen, da ihm die bezeichneten Verhältnisse ganz fremd waren. Im Mittelalter ist dagegen jene Anwendung des Besitzes, und zwar mit der vollen Uebertragung der Besitzklagen vom Sachenbesitze, schon früh vollständig fest hergebracht und bis in die Gegenwart erhalten. Doch ist dabei die Grenze zu den reinen Obligationen im allgemeinen, wenn auch mit Schwankungen, stets eingehalten.

Ueberhaupt ist der ganze Begriff der Obligation im römischen Rechte zwar mit einer wunderbaren Consequenz, trotz der ungeheuren Reichhaltigkeit der Entwickelung, durchgeführt, aber auch mit einem gewissen einseitigen juristischen Rigorismus in Betreff seiner Grundelemente. Es ist eine anerkannte Thatsache, daß die Reception des römischen Rechts bei uns in keinem Theile des Rechts so vollständig wie gerade im Obligationenrechte geschehen ist. Der Grund ist leicht zu erkennen. Das Obligationenrecht beruht mehr wie das Sachenrecht, namentlich beim Grundbesitze, auf abstract logischen Elementen, der freien Willensvereinigung, der Rechtsverletzung u. a., und eine verständige und reichhaltige Ent-

wickelung dieser Elemente wird daher leichter als anderwärts einen universalen Charakter bekommen. Eine solche Entwickelung bietet das römische Recht, namentlich bei den Verträgen durch eine angemessene Verbindung der formellen Rechtsstrenge mit den Anforderungen der bona fides, und außerdem besonders in der meisterhaften Erfassung und Durchführung der nichtcontractlichen Obligationen, der Condictionen u. s. w. Die römischen Resultate haben hier vielfach nicht nur eine gewisse allgemeingültige Zweckmäßigkeit, sondern geradezu eine absolute logische Nothwendigkeit. Dabei ist nun aber vom Anfang bis zu Ende die Idee des „rechtlichen Bandes" von Person zu Person mit formalistischer Zähigkeit festgehalten. Die deutsche, besonders die moderne, Auffassung sieht mehr auf den ökonomischen Zweck und das praktische Resultat der Obligation. Die Obligation gibt, wenigstens wenn sie auf Sachen, besonders Geld, geht, dem Gläubiger das Recht auf Werthe. Von diesem Standpunkte aus ist es aber ziemlich gleichgültig, sowohl welche Person die Schuld zahlt, als welche Person das Recht darauf hat oder bekommt. Die Obligation ist in ihrem Inhalte ein objectiv fester, activer oder passiver, Vermögenstheil, für den es als solchen gleichgültig ist, welche Person subjectiv, activ oder passiv dabei betheiligt ist. Dies kann nicht so aufgefaßt werden, als ob Forderung und Schuld im Deutschen etwas an sich anderes wären, wie die Obligation, der „sachliche Niederschlag des persönlichen Verhältnisses", denn das eine kann nie ohne das andere sein. Der Unterschied ist nur, daß die moderne Anschauung das sachliche und persönliche Element in der Obligation in der Weise selbstständig denkt, daß sie nur eine Person überhaupt fordert, aber auf die Individualität kein Gewicht legt, an einem Wechsel der Person daher keinen Anstoß nimmt. Dem Römer ist die Person die Hauptsache, die Obligation nur Attribut, subjective Berechtigung oder Verpflichtung der Person. Wir dagegen sehen die Obligation als objectives Verhältniß an, welches verschiedene Personen als subjective Träger haben kann, ohne seine rechtliche Natur an sich zu verändern. Daraus erklärt sich die Abweichung des deutschen Rechts vom römischen bei den Realobligationen, Inhaberpapieren, Stellvertretung, Verträge für Dritte, Cession und Schuldübernahme.

§. 46 Das römische Recht unterscheidet Civil- und Naturalobligationen, d. h. vollkommene Obligationen, deren Erfüllung durch Klage erzwungen werden kann, und unvollkommene, aus denen nicht geklagt werden kann, die aber die übrigen Wirkungen der Obligationen, oder wenigstens einzelne davon, haben; ihre Zahlung gilt als rechtliche Erfüllung, ist daher, wenn sie mit Bewußtsein geschieht, keine Schenkung, und begründet, wenn sie im Irrthume geschieht, keine condictio indebiti, sie können daher auch zur Compensation benutzt werden, durch Pfand und Bürgen gesichert, durch Constitut und Novation erneut werden. Die neueren Gesetzbücher haben diesen Begriff als solchen verworfen, sich aber doch auch nicht ganz von ihm losmachen können. Die Grenze zwischen der eigentlichen klagbaren Obligation und andern Verpflichtungen ist nicht so scharf, wie es leicht scheint. Schon bei rein moralischen Pflichten, wenn sie nur fest bestimmbar sind, liegt es oft nahe, eine gewisse rechtliche Wirkung anzunehmen, wenigstens die condictio indebiti auszuschließen. Noch mehr bei solchen Pflichten, die eigentlich vollständig auf dem gewöhnlichen Rechtsboden stehen und nur durch besondere positive Gesetze für ungültig erklärt sind, wie z. B. Verträge ohne die gesetzliche Form, verjährte Schulden, verbotene Spiel- und Zinsverträge u. dgl. Die Erfüllung solcher Pflichten gilt im Leben meistens als Ehrensache, die Erfüllung nicht als Schenkung sondern als rechtliche Zahlung, die Rückforderung wegen Irrthums als unanständig. Natürlich kann das Gesetz dieses alles unbeachtet lassen und bei der Alternative „volle Wirkung oder gar keine" stehen bleiben. Allein so sehr die Theorie auch solche abstracte scharfe Gegensätze liebt, so gern

läßt die Praxis sich auf die concreten Mittelstufen ein. Daraus ist auch die römische Naturalobligation hervorgegangen.

Man hat dabei aber die Fälle zu unterscheiden, wo sittlichen Pflichten eine gewisse rechtliche Kraft beigelegt ist, und die, wo rechtlichen Pflichten die volle rechtliche Kraft genommen, aber eine gewisse geringere gelassen ist. Beide Fälle nähern sich einander von unten und von oben, ohne aber zusammenzufallen; nur die letzteren sind die eigentlichen Naturalobligationen, die ersteren bilden gar keine feste Kategorien, sie bestehen nur darin, daß in einzelnen Fällen die bewußte Erfüllung einer sittlichen Pflicht nicht als Schenkung behandelt wird, und in anderen die irrthümliche Erfüllung keine condictio indebiti begründet. Das erstere ist z. B. bei Ehegatten, die einander Legate über die Falcidia zahlen, das letztere, wenn eine Ehefrau sich für dotalpflichtig hält. Weitere Wirkungen haben diese Pflichten nicht Die eigentlichen Naturalobligationen sind gewöhnliche civile Obligationen, denen nur aus irgend einem Grunde die Klagbarkeit fehlt, ohne daß sie für völlig ungültig und wirkungslos erklärt sind. Bei ihnen müssen alle obigen Wirkungen eintreten, sofern nicht besondere weitere Gegengründe da sind. Wann nun aber bei Obligationen Klaglosigkeit ohne volle Ungültigkeit eintrete, ist von den Römern leider nicht genügend principiell festgestellt, und daher bei uns sehr streitig, was für die praktische Bedeutung des ganzen Begriffs sehr hinderlich ist. Man kann nur sagen, daß Obligationen, die als unsittlich oder unbillig unklagbar sind, stets völlig ungültig sind, also auch nicht als Naturalobligationen gelten; wenn die Klagbarkeit dagegen nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder des formellen Rechts fehlt, so ist Naturalobligation zwar möglich, aber doch von den concreten Absichten der Gesetze abhängig. Danach ist unzweifelhaft keine Naturalobligation bei verbotenen Spielen, Zinsen und Schenkungen, bei Zwang und Betrug, Bürgschaften der Weiber u. a.; umgekehrt tritt unzweifelhaft Naturalobligation ein bei allen Obligationen der Sklaven, bei denen der Kinder gegen den Vater, bei Darlehn der Hauskinder, zum Theil bei formlosen Verträgen, beschränkt bei Verträgen der Kinder über sieben Jahre. Zweifelhaft oder wenigstens streitig sind Verjährung, ungerechtes Urtheil, verbotene Selbsthülfe, verbotene Cession u. a.

II. Die Subjecte der Obligation.

§. 47. Die Stellung der Personen in der Obligation und der Unterschied des römischen und heutigen Rechtsstandpunktes in dieser Beziehung ist schon oben S. 316 besprochen. Hier ist daher nur die Frage nach der Betheiligung mehrerer Personen an einer Obligation zu betrachten. Gemeinsame Begründung einer Obligation für mehrere Personen, activ oder passiv, durch Vertrag oder andere Gründe, ist in verschiedener Weise möglich und zulässig. Dabei geht das römische Recht davon aus, daß bei allen gemeinsamen Obligationen namentlich bei allen gemeinschaftlichen Verträgen, activ und passiv, in der Regel und im Zweifel von selbst Getheiltheit der Obligation eintritt, und zwar so, daß jede Theilobligation von den andern völlig unabhängig ist. Solidarische Betheiligung muß, activ wie passiv, stets durch besondere Umstände begründet werden. Solidarische Betheiligung nennt man es, wenn mehrere Personen auf dieselbe Sache oder Summe so berechtigt oder verpflichtet sind, daß Jeder sie ganz fordern kann oder zahlen muß, sie aber im Resultate nur einmal gezahlt werden soll, und daher mit der Zahlung an Einen oder von Einem die Obligation für alle Uebrigen von selber aufhört. Solche solidarische Obligationen, namentlich Verpflichtungen, sind nun aber wieder auf verschiedene Art möglich. Zunächst sind die Fälle der blos indirecten und der blos accessorischen solidaren Betheiligung auszuscheiden. Das erste ist, wenn nur Eine Person die Obligation direct con-

trahirt, aber ihre Obligation wegen eines Vertretungsverhältnisses indirect auch für eine andere wirksam ist, so nach römischem Rechte bei dem Verhältnisse von procurator und dominus, und Kind und Vater. Das zweite ist, wenn zwar beide Personen direct contrahiren, aber nur der Eine principal, der Andere nur accessorisch als Bürge. Bei der accessorischen wie bei der indirecten Betheiligung ist die Stellung der beiden Personen eine verschiedene und daher nicht aus dem allgemeinen Begriffe der Betheiligung, sondern aus den besonderen Rechtsverhältnissen der Vertretung und der Bürgschaft zu beurtheilen. Nur bei der directen und principalen Betheiligung Mehrerer tritt das reine Verhältniß der solidarischen Beziehung mehrerer Subjecte zu einem Objecte hervor. Dabei ist nun aber auch wieder der große Unterschied, ob die Verpflichtung, resp. Berechtigung, der mehreren Subjecte auf das eine Object auf getrennten Gründen beruht oder auf einem gemeinsamen, ob also nur Einheit des Gegenstandes mit Mehrheit der Obligationen stattfindet oder Einheit des Gegenstandes mit Einheit der Obligation. Das erste ist die s. g. einfache Solidarobligation, das letztere die Correalobligation (von con-rei). Der Unterschied ist erst in neuerer Zeit zum Bewußtsein gebracht und fortwährend Gegenstand des heftigsten Streites. Hat er überhaupt Sinn und Grund? und beruht er auf römischem Formalismus oder hat er eine allgemeingültige Bedeutung? Die Schwierigkeit und der Zweifel liegt nicht auf der Seite der einfachen Solidarobligation, sondern auf der der Correalobligation. Denn daß, wenn Mehrere einen Gegenstand selbstständig und getrennt versprechen, z. B Ersatz eines eventuellen Schadens, oder gemeinschaftlich ein Delict begehen, z. B. eine Sache beschädigen oder zerstören, dann verschiedene Obligationen mit Einheit des Gegenstandes eintreten, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel. Die Frage ist nur, ob auch eine Einheit der Obligationen möglich ist, ob es also möglich ist, daß wenn zwei Personen solidarisch etwas versprechen oder sonst solidarisch darauf obligirt werden, dieses als Eine Obligation mit zwei Subjecten, und nicht als zwei Obligationen mit Einem Gegenstande, aufgefaßt werden kann? Läßt sich Eine Obligation mit Einheit im objectiven Bestande und Mehrheit in der subjectiven Beziehung denken? oder ist das nur eine unklare Formel für zwei Obligationen auf Einen Gegenstand?

Der Unterschied beruht darauf, daß es bei solidaren Versprechen einen Unterschied macht, ob sie getrennt und selbstständig gegeben werden, oder gemeinschaftlich durch gemeinsamen Vertrag. Im letzteren Falle muß zwar auch Jeder subjectiv sein Versprechen geben, allein bei der Gemeinschaftlichkeit des Vertrages werden diese Versprechen hier durch den besonderen Willen der Parteien objectiv zu Einem Vertrage mit Einer Obligation vereinigt, die nur jeder subjectiv solidarisch auf sich nimmt. Es wird nur Ein Vertrag, Ein Kauf, Ein Darlehn, geschlossen, aber Jeder erklärt, so behandelt werden zu wollen, wie wenn er den Vertrag solidarisch allein geschlossen hätte. Die besonderen Versprechen als causae der Verpflichtung eines Jeden werden also zu einer Gesammt-causa vereinigt, und auf dieser Einheit der causa neben der des Objects beruht die Einheit der Correalobligation im Gegensatze zu den getrennten einfach solidaren. In Rom konnte die Correalität daher früher nur durch gemeinsame formell in einander verschlungene Stipulationen begründet werden. Dies ist zwar später und bei uns weggefallen, das Wesentliche, die gemeinsame Uebernahme einer directen und principalen Solidarität, das Versprechen zu gesammter Hand, die Gesammtschuld, ist geblieben. Societät ist nicht wesentlich, wohl aber Scheidung von Vertretung und Bürgschaft. Der Unterschied von den einfachen Solidarobligationen ist danach gar nicht so hypersubtil, wie man sich häufig einredet, sondern praktisch sehr greifbar. Daß bei selbstständigen und getrennten Versprechen Mehrerer eine fremde Schuld zu zahlen, einen eventuellen Schaden zu ersetzen, ein Mandat auszuführen, die verschiedenen Obligationen völlig unabhängig und ohne allen gegenseitigen Einfluß nebeneinanderstehen, abgesehen nur

von der Lösung durch Erfüllung, ist klar; dagegen ist bei gemeinschaftlichen solidaren Versprechen ein gegenseitiger Einfluß außer bei Erfüllung auch bei Litispendenz, Verjährung, culpa, Erlaßverträgen, Eid, Urtheil stets nothwendig oder wenigstens möglich, und jedenfalls ist eine Einrede der Theilung nur hier rechtlich irgend zu begründen.

Wenn die Einheit der Correalobligation auf der Gemeinschaftlichkeit beruht, so könnte man fragen, ob sie nicht auch bei gemeinschaftlichen Delicten eintreten müsse. Allein sie beruht auf der gemeinschaftlichen Verabredung, und diese ist bei verbotenen Handlungen nichtig. Daher ist bei ihnen nur einfache Solidarität möglich. Dagegen können durch Testament und Gesetz unzweifelhaft correale Verpflichtungen, wie auch Berechtigungen begründet werden.

Der praktische Zweck der Correalität ist Sicherheit und Bequemlichkeit des Gläubigers. Man hat gesagt, diese werde durch Solidarität noch mehr erreicht. Das ist zum Theil richtig. Allein der Unterschied von getrennten und gemeinschaftlichen Verträgen wird im praktischen Leben nicht willkürlich gemacht, sondern durch den factischen Zusammenhang der Verhältnisse gegeben, und muß dann auch dem entsprechend rechtlich geordnet werden.

Es versteht sich hiernach von selbst, daß die einfachen Solidarobligationen nur seltenere und vereinzelte Fälle bilden, die Delicte sind der Hauptfall, und daraus erklärt es sich, daß man sie früher in Theorie, Praxis und Gesetzen nicht von den Correalobligationen trennte, wenigstens nur bei den Delicten gewisse Unterschiede machte. In dem neuen Sächsischen Gesetzbuche und dem deutschen Entwurfe eines Obligationenrechts ist der Unterschied aber absichtlich ausgemerzt, namentlich sind gemeinschaftliche Delicte und Verträge ganz gleichgestellt; einfach ist das, aber keineswegs natürlich.

III. Die Objecte der Obligation.

§. 48. Gegenstand der Obligationen ist hintereinander der Schuldner, sein Wille, seine Handlung, der Inhalt der Handlung, die Sache, worauf sie sich bezieht, der Erfolg, den sie bewirken soll. Im allgemeinen können alle denkbaren Handlungen zum Gegenstand von Obligationen durch Vertrag oder Testament gemacht werden, erforderlich ist nur:

1) daß sie möglich sind, physisch und rechtlich, das heißt aber nur objectiv, wenn auch nicht subjectiv für den Schuldner;

2) daß sie erlaubt sind, rechtlich und sittlich, unsittliche Verträge sind ipso jure nichtig;

3) daß sie dem Gläubiger ein Interesse gewähren. Dies ist Consequenz des allgemeinen Rechtsbegriffs (S. 268). Daß das Interesse ein pecuniäres sein müsse, ist nicht nöthig. Annehmlichkeiten, selbst bloße Affectionen, können jedenfalls Recht und Klage begründen; ob sie auch in Gelde abgeschätzt werden können, ist eine andere Frage.

Der Gegenstand der Obligationen braucht nicht von vornherein speciell bestimmt zu sein, es genügt generische, alternative, collective, begriffliche Bestimmtheit. Nöthig ist nur, daß Dasein, Inhalt und Umfang nicht mehr von der reinen Willkür des Schuldners abhänge, sondern irgend ein rechtlicher Anhalt da ist, um eine Entscheidung auch wider seinen Willen herbeizuführen, mag übrigens die Bestimmung von ihm selbst oder dem Gläubiger oder einem Dritten oder dem Richter oder dem reinen Zufalle ausgehen. Ist aber der Eintritt der Entscheidung überhaupt noch zweifelhaft, wie bei Entscheidung durch Dritte oder Zufall, so gilt die Obligation als bedingte. Bei generischer und alternativer Obligation hat in der Regel der Schuldner das Wahlrecht, nur bei Legaten in der Regel der Legatar.

§. 49. Als besondere begrifflich und ökonomisch bestimmte Arten von Obligationsinhalt mit allgemeinerer Bedeutung sind hier Schadensersatz und Zinsen hervorzuheben.

1. Schadensersatz ist der allerallgemeinste Gegenstand von Obligationen. Die Pflicht zu seiner Leistung kann aus den verschiedensten Obligationsgründen hervorgehen, Vertrag, Delict, Testament, Gesetz, er kann selbstständig und accessorisch geschuldet werden, und eventuell möglicherweise bei allen Obligationen an die Stelle der unmittelbaren Naturalleistung treten.

Unter Schaden versteht das römische und heutige gemeine Recht nur Vermögensnachtheil, sei es positiv Verringerung des vorhandenen Vermögens (damnum emergens) oder negativ Nichterlangung neuen Vermögens (lucrum cessans). Schadensersatz ist daher nur die Ausgleichung dieses Nachtheiles in Gelde, die Herstellung des Vermögensbestandes, den man ohne die schadende Thatsache gehabt haben würde, die Zahlung der Differenz zwischen dem wirklichen Vermögen und dem, was man ohne die Thatsache haben würde. Der Schadensersatz beträgt also so viel, als dem Beschädigten daran gelegen ist, daß die Thatsache nicht eingetreten wäre, das s. g. Interesse (omne quod interest). Alle Verletzungen des Körpers, der Ehre, der Affection, Entziehung von Annehmlichkeiten, geistigen und anderen Genüssen u. dgl. gelten nicht als Schaden, begründen daher (abgesehen von mittelbar bewirkten Vermögensschaden, wie Kurkosten u. dgl.) kein Recht auf Schadensersatz, sondern höchstens auf Strafe, dieses aber gesetzlich nur vom Standpunkt der Injurie und des Schmerzensgeldes, sonst nur bei vorheriger Vereinbarung oder richterlicher Androhung. Es ist dies eigentlich nicht gerechtfertigt. Der obige Begriff von Interesse als Vermögensdifferenz paßt darauf zwar nicht; allein alles Vermögen ist nur Mittel für den Genuß, und wenn daher für die Entziehung der Mittel zum Genusse Ersatz gegeben werden muß, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch für die directe Schädigung des Genusses Entschädigung durch Verschaffung der Mittel für anderen Genuß eintreten soll. Die französische Praxis zweifelt nicht daran, und auch das Schmerzensgeld der Carolina ist eigentlich nicht Strafe, sondern „Ergetzung" für „Schmach und Schmerzen."

Bei der Bestimmung des Interesses kommt aller Nachtheil in Betracht, der mit der schadenden Thatsache im Causalnexus steht, also ohne sie nicht eingetreten wäre, mag er directe oder indirecte, nothwendige oder zufällige Folge sein, mochte ihn der Thäter voraussehen können oder nicht, der Beschädigte ihn abwenden können oder nicht; nur die weiteren mittelbaren Folgen muß dieser, wenn er kann, abwenden. Als entzogener Gewinn gilt aber natürlich nicht schon der blos mögliche, sondern nur der nach den concreten Umständen sicher zu erwartende. Die Schätzung muß den allgemeinen Werth der Dinge (pretium commune) zu Grunde legen, dann aber auch das besondere Interesse des Beschädigten nach seinen concreten Verhältnissen (pretium singulare) in Betracht ziehen. Die bloße Affection nach rein subjectivem Gefühle kann aber nicht geschätzt werden, ein objectiver Maßstab nach menschlichen Verhältnissen muß immer da sein.

Den Beweis des Schadenbetrages muß der Beschädigte führen, und zwar ist die gemeine Praxis dabei bis zum Uebermaß penibel, die Liquidationsprocesse sind oft weitläufiger und langwieriger als die Hauptprocesse selber, und schmälern den wirklichen Schadensersatz oft erheblich. Die Pauschquanta der französischen Praxis sind zwar oft sehr willkürlich, aber im allgemeinen doch praktischer. Einige Hülfe gewährt der s. g. Würderungseid (iuramentum in litem), der im Falle von dolus und lata culpa nach römischem Rechte zwar nur bei Klagen auf Heraus- und Rückgabe von Sachen zugelassen, von der heutigen Praxis aber vielfach auf alle Schadensklagen ausgedehnt ist.

2. Zinsen sind im allgemeinen der Gebrauchswerth des Geldes oder anderer fungibler Sachen für bestimmte Zeit in einer Quote des Capitals berechnet. Sie werden

Obligationsgegenstand, wenn Jemand für den entbehrten Gebrauch Ersatz von einem Andern fordern kann, sei es, daß dieser ihn gehabt oder nur jener ihn entbehrt hat. Der Grund der Ersatzpflicht kann entweder in einem selbstständigen Rechtsgeschäfte, Vertrag oder Testament, liegen oder in gesetzlicher Anordnung aus irgend sonstigen Rechts- oder Billigkeitsgründen. Die Römer verbinden damit den Unterschied, daß die Zinsen der ersten Art selbstständig auch ohne das Capital, auch nach ihm, eingeklagt werden können, die letzteren dagegen nur als Accessorium bei der Capitalsklage gefordert werden können. Die Gründe dieser Art Zinsen sind Verzug (mora), Nachlässigkeit oder gar Unredlichkeit in der Verwaltung fremder Gelder, die besondere Unbilligkeit beim Kaufe, wenn der Käufer die Sache bekommt und den Preis nicht zahlt also beides nutzt, und besondere Begünstigung bei Forderungen des Fiscus, der Minderjährigen u. a. Das Maß der Zinsen hängt bei Verträgen und Testamenten von deren Bestimmung ab, bei den gesetzlichen von dem landesüblichen Zinsfuße. In der Praxis werden dabei regelmäßig fünf Procent angesetzt.

Die Freiheit, das Maß der vertragsmäßigen Zinsen nach Belieben zu bestimmen, ist übrigens erst eine Errungenschaft der allerneuesten Zeit, sie ist erst durch ein Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 14. November 1867 eingeführt. Das römische Recht hatte vom Anfange an bis zuletzt das Princip, den Schuldner gegen Mißbrauch seiner Noth vom Gläubiger durch zu hohe Zinsforderung gesetzlich zu schützen, indem es nur einen mäßigen Zins, anfangs acht, später zwölf, zuletzt sechs Procent erlaubte und alles höhere Zinsnehmen als Wucher bestrafte. Das kanonische Recht verbot in seiner Vermischung von Religion und Recht das Zinsnehmen ganz. Seit der Reformation wurden fünf Procent wieder zulässig. Außerdem verbietet das römische Recht noch, was auch das Bundesgesetz nicht aufgehoben hat, den Anatocismus, d. h. Zins vom Zins, und daß rückständige Zinsen **ultra alterum tantum** steigen.

Eine besondere Anwendung des Zinsbegriffes ist das interusurium, d. h. die Zinsen der Zwischenzeit, die bei einem erst nach bestimmter Zeit fälligen Capitale abgezogen werden müssen, wenn man seinen jetzigen Werth bestimmen will. Es muß so viel abgezogen werden, daß der Rest mit seinen Zinsen, nach Umständen auch Zinseszinsen, bis zur Fälligkeit den Betrag des Capitales gibt. Die Berechnung kann bei Zahlung oder Cession vor der Fälligkeit, bei der Quarta Falcidia und sonst nöthig werden. Doch braucht Niemand vorzeitige Zahlung mit Abzug des interusurium anzunehmen.

IV. Entstehung der Obligationen.

§. 50. Man darf sich die Obligationen nicht als einen abgerundeten Kreis selbstständiger Verhältnisse zwischen den Sachen- und Familienrechten denken. Vielmehr ziehen sie sich durch das ganze Rechtssystem hindurch, können bei allen Verhältnissen entstehen, und bilden daher auch kein abgeschlossenes innerlich geordnetes und gegliedertes System. Nur gewisse Hauptkategorien von Entstehungsgründen, und eine gewisse Reihe von Obligationen, die selbstständige Verhältnisse im Leben bilden, kann man aufstellen. In der ersten Beziehung kann man mit den Römern unterscheiden, daß Obligationen entweder **ex voluntate** oder **ex re** entstehen, d. h. entweder durch freiwillige Uebernahme einer Verpflichtung vom Schuldner, wie bei allen Verträgen, Pollicitation, negotiorum gestio, Erbschaftsantritt, oder als rechtliche Folge bestimmter Handlungen, namentlich Delicte, oder bestimmter äußerer Zustände, wie Besitz, Gemeinschaft, Verwandtschaft, Bereicherung u. s. w. Der Hauptunterschied zwischen den Obligationen **ex voluntate** und **ex re** ist, daß die erstern Handlungsfähigkeit des Schuldners voraussetzen, die andern nicht.

Bei der Gruppirung der Obligationen, welche selbständige Verhältnisse im Leben bilden, treten zunächst die Verträge und Delicte als die beiden Hauptarten hervor. Daran schließt sich dann eine Reihe weiterer Verhältnisse an, deren Rechtsgründe mehr oder weniger Aehnlichkeit entweder mit den Verträgen oder den Delicten haben, und die daher nach deren Analogie beurtheilt werden müssen, wenn auch zum Theil nur in sehr entfernter Weise. Auf diesen Ideen beruht die römische Eintheilung der Obligationen in oblig. ex contractu, ex delicto und ex variis causarum figuris, nämlich quasi ex contractu und quasi ex delicto. Aus den letzteren darf man keine positive Begriffe von Quasicontracten und Quasidelicten bilden wollen, und namentlich die ersteren nicht definiren als Handlungen, welche Obligationen erzeugen, ohne sie zu beabsichtigen. Die obligationes quasi ex contractu entstehen vielfach ohne alle Handlungen, z. B. bei der communio incidens.

§. 51. Von den einzelnen Entstehungsgründen der Obligationen sind hier nur die beiden Begriffe Vertrag und Unrecht in ihren allgemeinen Grundsätzen auszuführen.

I. Vertrag. Verträge nennt man im allgemeinen alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, also alle Vereinbarungen mehrerer Personen über ihre Rechte und Pflichten gegen einander oder gegen Dritte. Im engeren Sinne versteht man nur die Schuldverträge darunter, d. h. die auf Obligationen bezüglichen, hauptsächlich die auf Begründung von Obligationen gerichteten, die obligatorischen, doch schließen sich ihnen die liberatorischen, d. h. auf Aufhebung von Obligationen gerichteten, an. Den Gegensatz bilden die Verträge, wodurch andere Rechte, dingliche oder personenrechtliche, begründet werden sollen, wie Pfandvertrag, Erbvertrag, Ehe u. a. Der obligatorische Vertrag als Willensvereinigung zur Begründung einer Obligation schließt wesentlich das Element der Verpflichtung auf der einen und der Berechtigung auf der anderen Seite in sich. Der Wille des ersteren ist das Versprechen, der Wille des letzteren die Annahme. Jeder Vertrag besteht insofern wesentlich aus Versprechen und Annahme. Nur ist es nicht nöthig, daß sie in dieser bestimmten einfachen Form einander gegenüberstehen, sie können auch als Offerte und Accept, Frage und Antwort, Bestellung und Uebernahme, oder einfache Vereinbarung hervortreten. Das Wesen des Vertrages bleibt selbst dann dasselbe, wenn neben dem Versprechen, oder auch statt desselben, gleich die Erfüllung geschieht, also eine wirkliche Verpflichtung gar nicht eintritt. Natürlich kann der Vertrag auch gegenseitige Obligirung bezwecken. Dann ist ein gegenseitiges Versprechen und Annehmen nöthig, aber auch hier nur der Sache und Absicht nach, nicht in bestimmter gegenseitiger Form. Man unterscheidet danach ein= und zweiseitige Verträge. Eigentlich kann man nur von ein= und gegenseitigen Versprechen und Obligationen sprechen, denn Verträge sind als solche immer zweiseitig. Die Gegenseitigkeit der Obligation kann aber eine vollkommene oder unvollkommene sein, je nachdem die beiden Obligationen auf gleichmäßige, einander bedingende Gegenleistungen gehen, wie bei Kauf und Miethe, oder nur eine die Hauptobligation ist, die andere nur eine untergeordnete und ergänzende, wie bei Depositum und Commodat. Man kann diese Verträge insofern darum auch wieder als einseitige bezeichnen.

§. 52. Die einzelnen Erfordernisse der Gültigkeit der obligatorischen Verträge sind natürlich zunächst die allgemeinen von den Rechtsgeschäften überhaupt, so namentlich in Betreff der Fähigkeit der Subjecte, der Elemente des Willens u. s. w. Dazu kommen aber hier noch folgende besondere.

1. Subjecte. Es ist schon oben bei dem allgemeinen Begriffe der Obligation hervorgehoben, daß die Römer die Beziehung der Person zur Obligation und ihrem In=

halte enger auffassen als die moderne Anschauung. Eine Hauptfolge davon ist die Unzulässigkeit der directen Stellvertretung bei Verträgen im römischen Rechte. Daß dabei das heutige Recht unzweifelhaft einen anderen und freieren Standpunkt eingenommen hat, ist bereits oben S. 281 ausgeführt. Zweifelhafter und streitiger ist eine andere Frage, nämlich die Gültigkeit von Verträgen für Andere ohne Stellvertretung. Nach römischem Rechte können Verträge stets nur auf Verpflichtungen und Leistungen der Contrahenten gegen einander selber gerichtet sein. Man kann weder Leistungen von Anderen noch an Andere versprechen. Das erste verpflichtet weder den Promittenten noch den Dritten, jenen nicht, weil ihm die Erfüllung unmöglich, diesen nicht, weil er sie nicht versprochen hat; das zweite berechtigt weder den Acceptanten noch den Dritten, jenen nicht, weil er kein Interesse dabei hat, diesen nicht, weil ihm nichts versprochen ist. Die Ungültigkeit der Versprechen von fremden Handlungen ist nun allerdings sehr natürlich und auch bei uns nicht anders, da auch schon die Römer den Fall ausnehmen, wenn in dem Versprechen eine Garantie für die Handlung des Dritten enthalten ist. Die Ungültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter erscheint dagegen dem heutigen Bewußtsein sehr anstößig. Der Grund, daß man kein Interesse bei der Leistung an den Dritten habe, ist denn doch gar zu egoistisch, und da Affection für Andere sonst als genügendes Interesse zur Begründung einer Klage angesehen wird, so frägt man billig, warum hier nicht. Dem Dritten eine Klage zu geben, scheint allerdings weniger nöthig, da ja der Stipulant für ihn sorgen und ihm seine Rechte cediren kann. Indessen setzt dies ja jedenfalls erst ein Klagerecht desselben voraus und hat auch sonst manche Schwierigkeiten, auch sehen wir, daß die Römer selbst schon von ihrem Principe mehrfache Ausnahmen gemacht und eine Klage für den Dritten zugelassen haben, nämlich stets wenn man sich für seine Erben etwas versprechen läßt, und außerdem, wenn man Jemandem etwas gibt mit der Auflage späterer Restitution an einen Dritten. Das heutige Recht ist daher entschieden weiter gegangen: wie weit aber und nach welchem Principe, darüber ist in Theorie, Praxis und Gesetzgebung ein unendlicher Wirrwarr. Manche wollen nur einzelne weitere Ausnahmen zulassen, mit Recht wird aber überwiegend ein neues Princip angenommen, jedoch verschieden: entweder daß nur für den Promissar allgemein eine directe Klage entstehe, für den Dritten nur von ihm abgeleitet durch Mandat oder Cession, daher auch widerruflich; oder daß neben dem Promissar aus dessen Vertrage auch dem Dritten ein selbstständiges Recht eröffnet sei, aber so, daß er es sich erst durch Beitrittserklärung aneignen muß; oder daß für den Promissar gar nicht, sondern nur für den Dritten ein Recht entstehe und zwar sofort und unwiderruflich. Diese letztere Ansicht (Unger) beruht auf dem richtigen Principe, daß nach Beseitigung der römischen Beschränkung der Wille der Parteien das allein Entscheidende sein muß, und daß daher, wenn der Promissar gar nicht für sich selbst, sondern nur für den Dritten ein Recht erwerben will, dann auch nur dieser ein Recht bekommen kann. Es tritt also eine directe Stellvertretung aber ohne Auftrag ein. Diese kann jedoch nicht anders, als durch Ratihabition gültig werden. Dem Dritten kann ohne und wider seinen Willen kein Recht aufgedrungen werden, seine Annahme ist nöthig. Bis dahin kann der Promissar, sofern er dem Dritten eine Liberalität zuwenden will, diesen Willen und damit auch seine vermittelnde Vertretung wieder aufgeben.

§. 53. 2. Das Object. In Betreff der Sachen, über welche Verträge geschlossen werden, hat das römische Recht allerlei specielle Bestimmungen, namentlich über die dem Verkehr entzogenen, nicht existirenden, zukünftigen, zerstörten, fremden, eigenen u. s. w., auf deren Ausführung jedoch hier nicht eingegangen werden kann.

§. 54. 3. Der Wille. Das Schwierigste bei der Lehre von den Verträgen ist die Beurtheilung des Willens. Die erste Frage ist hier das Verhältniß von Wille und

causa. Wie man bei der Tradition des Eigenthums den Traditionswillen und die causa traditionis unterscheidet, so bei Verträgen das Versprechen und seine causa. Das erstere ist stets abstract und gleichmäßig nur die Erklärung, etwas thun, geben oder überhaupt schuldig sein zu wollen. Das letztere ist der rechtliche Grund, aus dem man das Versprechen gibt. Niemand faßt den Willen, einem Andern etwas zu geben, abstract nur um zu wollen, sondern stets nur auf Grund bestimmter Lebensinteressen, entweder eines Vortheils wegen oder aus Liberalität. Man kann 100 versprechen als Kaufgeld, Miethzins, Darlehn, Schenkung u. s. w., aber nicht schlechthin ohne allen concreten Grund, nur abstract um sie schuldig zu sein. Ein wirklicher, ernstlicher und vernünftiger Wille ist somit ohne bestimmte causa gar nicht möglich, und die causa ist es daher, wodurch der abstracte Begriff Versprechen sich zu den einzelnen concreten Vertragsarten sondert. Eine andere Frage ist nun aber, ob zur Klage aus einem Versprechen stets auch die Angabe und eventuell auch der Beweis der causa nöthig ist, und bei unerweislicher oder ungültiger causa auch die Klage abgewiesen werden muß, oder ob nicht das abstracte Versprechen als solches, d. h. der darin ausgesprochene Wille als solcher, als der eigentliche nächste Grund der Obligation und Klage anzusehen ist, und der Mangel oder die Ungültigkeit der causa nur als Einrede vom Verklagten geltend gemacht werden kann und dann auch bewiesen werden muß. Man kann sagen, daß der Wille an sich das eigentlich Verpflichtende ist, der Grund aber, warum man will, für den Gläubiger gleichgültig, und nur ein internum des Schuldners ist; wie das Eigenthum auch bei ungültiger oder irrthümlicher causa traditionis übergeht und nur indirecte Rückforderung möglich ist, so scheint auch hier die Obligation entstehen und nur indirecte Entkräftung möglich sein zu müssen. Indessen stehen sich Tradition und Vertrag hier nicht gleich. Bei der ersteren sind drei Elemente: Uebergabe der Sache, Wille Eigenthum zu übertragen, causa des Willens. Das erste begründet als solches die Wirkung, sobald das zweite zu Grunde liegt, das dritte kommt nur tertiär als Grund des Grundes in Betracht; der Wille löst sich hier von seiner causa und verbindet sich mit der Uebergabe. Die Tradition ist stets gleichmäßig Uebergabe mit Uebertragungswillen, mag der Wille auf Schenkung, Kauf oder Tausch oder sonst worauf beruhen, dies tritt in der Tradition als solcher gar nicht hervor. Ganz anders beim Vertrage. Hier handelt es sich nur um Versprechen, d. h. Wille und causa, und beide sind hier beim gewöhnlichen Vertrage gar nicht zu trennen. Man verspricht z. B. beim Kaufe nicht 100, und zwar subjectiv ex causa emtionis, sondern man verspricht 100 Kaufpreis, ebenso 100 Miethzins u. s. w. Somit kann hier der Kläger nicht einseitig das Versprechen aus seinem wesentlichen Zusammenhange herausreißen und isoliren, sondern kann es nur mit seiner causa zusammen geltend machen. Durch besonderen beiderseitigen Act ist dagegen allerdings auch hier die Trennung des Versprechens von seiner causa möglich, und dann auch die Klage aus dem bloßen Versprechen zulässig, vorbehältlich natürlich besonderer Anfechtungs= oder Rückforderungsrechte aus der mangelnden oder fehlerhaften causa. Dies ist nach römischem Rechte bei der Stipulation, nach heutigem beim Wechsel. Bei beiden ist eine bestimmte Form (Formalcontract); es frägt sich daher, ob diese wesentlich, oder ob die Parteien auch ohne Form durch bloßen Willen die Trennung bewirken können. Die ältere Theorie und Praxis war überwiegend dagegen, die neuere (auch die neuere Gesetzgebung) neigt sich sehr dazu im Interesse einer strengeren und leichteren Rechtspflege. Das Princip der freien Willensherrschaft führt auch allerdings dahin, sofern nur der Trennungswille der Parteien entschieden da ist, was aber ohne eine gewisse Form, wenigstens eines Schuldscheines, schwer zu constatiren sein wird. Ein Hauptfall der Anwendung ist der s. g. Anerkennungsvertrag, der unten S. 331 näher zu besprechen ist.

§. 55. Die zweite Hauptfrage in Betreff des Willens bei den Verträgen bezieht sich auf die Perfection der Willensvereinigung. In ihr liegt die Perfection des Vertrages überhaupt und damit der Anfang seiner Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit. Das Princip ist im allgemeinen, daß der Vertrag perfect ist, wenn der Consens auf beiden Seiten vorhanden und erklärt ist. Dies kann nun aber in vielen Fällen nicht nur factisch, sondern sogar rechtlich sehr zweifelhaft sein, so namentlich:

a) bei Verhandlungen (Tractaten, Punctationen). Der Uebergang aus diesen in die Perfection des Vertrages bedarf durchaus keiner besonderen förmlichen Schlußerklärung, falls sie nicht besonders vorbehalten ist, sondern tritt von selber ein, sobald die Parteien über alle aufgestellten einzelnen Punkte der Sache nach einig geworden sind. Uebereinstimmung in den wesentlichen Punkten genügt nicht.

b) Bei Verträgen unter Abwesenden durch Boten, Briefe, Telegramme. Diese kommen hauptsächlich in der Form von Offerte und Accept zu Stande. Dabei ist die Hauptfrage, wann eine Erklärung als perfect anzusehen ist, ob mit dem Schreiben oder wenigstens Absenden des Briefes, oder erst, wenn sie zum Bewußtsein des Anderen gekommen ist, oder wenigstens an ihn, so daß er sie wissen könnte. Danach bestimmt sich, wie lange Offerten und Accepte widerrufen werden können, und wann und wie der Widerruf wirksam wird. Der Begriff der Erklärung führt eigentlich zum Erfordernisse der Kenntniß. Indessen fordert das praktische Bedürfniß hier gewisse Modificationen, die auch im deutschen Handelsgesetzbuche angeordnet sind, namentlich ist der Offerent bis zur möglichen Antwort des Gegners gebunden. Bei manchen Verträgen, besonders Aufträgen, Bestellungen, Schenkungen ist auch stillschweigender Accept vom Empfänger des Briefes möglich.

c) Bei Verträgen mit unbestimmten Personen, d. h. bei Auctionen und öffentlichen Auslobungen. Auctionen sind nicht als Offerten anzusehen, sondern nur als Aufforderung zu Offerten von den Kauflustigen, werden daher erst mit dem Zuschlage perfect. Auslobungen sind Popularversprechen, d. h. Versprechen an „quemlibet ex populo“ für den Fall einer bestimmten Leistung. Sie können von Jedermann acceptirt werden, aber nicht einfach sondern nur mit der Leistung selbst, bis dahin ist Widerruf möglich, aber nur in derselben Form, die die Auslobung hatte.

§. 56. Eine dritte Frage ist die Form der Willenserklärungen bei Verträgen. Das römische Recht hatte bis zuletzt das Princip, daß die formlose Uebereinkunft, der bloße Vertrag, das nudum pactum, in der Regel nicht bindend und klagbar sei. Nur bei vier Verträgen, Kauf, Miethe, Societät und Mandat, genügte von alter Zeit her der bloße Consens (Consensualcontracte), und denen wurden später noch einige hinzugefügt, namentlich Constitut und Schenkung. Außerdem entstand Klagbarkeit nur entweder nach dem Realprincipe, wenn eine Sache unter bestimmter Verabredung, sei es eines Zwecks oder einer Gegenleistung, gegeben wurde (Realcontracte), oder nach dem Formalprincipe, wenn die Form der Stipulation angewendet wurde.

Dieses ganze System hat bei uns keinen Eingang gefunden. Die Stipulation kam nicht in Uebung, eine andere Form bildete sich auch nicht, und so entstand von selbst der Satz, daß die Willensvereinigung als solche, also jeder Vertrag als solcher, bindend und klagbar sei. Man streitet, ob danach jeder Vertrag als Stipulation oder als Consensualcontract gelte. Beides ist falsch. Der Wille gilt als solcher, also so wie er will. Ob er aber abstract oder mit seiner concreten causa sich mit dem Gegner geeinigt hat, hängt von den oben S. 324 besprochenen Elementen ab. Realcontracte gibt es danach aber bei uns nicht mehr. Man wird zwar zur Rückgabe eines Darlehns und Depositums bei uns auch nur verpflichtet, wenn man es bekommen hat, allein das ist nicht anders, als bei der Miethe, wo man zur Rückgabe der Sache auch nur verpflichtet wird, wenn

man sie bekommen hat. Daß derartige Verträge auch bei uns häufig erst mit der Hingabe der Sache fest geschlossen werden, daß bei ihrer Einseitigkeit ohne die Hingabe meistens gar keine Verpflichtung entsteht, ist nicht Rechtsprincip, sondern nur factische Beschaffenheit.

Modificirt wird das Princip der Formlosigkeit der Verträge im gemeinen Rechte nur dadurch, daß die besonderen Formen des späteren römischen Rechts für Bürgschaften der Weiber und übermäßige Schenkungen auch bei uns gelten, und daß die Parteien besondere Formen beliebig ausmachen können, und dann der Vertrag erst mit der Form perfect wird. Eine besonders häufig gewillkürte, mitunter selbst gesetzliche Form ist die Hingabe eines s. g. Hand- oder Haftgeldes (arrha). Dies ist an sich nichts anderes als eine Sache oder Summe, die ein Contrahent dem anderen als Zeichen der Perfection des Vertrages gibt. Es muß daher bei Ausführung des Vertrages stets entweder zurückgegeben oder in den Preis eingerechnet werden, wenn es nicht ausdrücklich oder nach Lebenssitte als Geschenk gegeben ist. Besondere Rücktrittsrechte sind damit an sich ohne besondere Verabredung nicht verbunden.

§. 57. Die Wirkung der Verträge besteht im allgemeinen darin, daß sie eine ein- oder gegenseitige Obligation mit allen deren Folgen begründen. Darin liegt von selbst, daß die Parteien nach Perfection des Vertrages nicht einseitig mehr zurücktreten können, sondern unwiderruflich gebunden sind. Ein besonderer Rechtssatz ist das nicht. Alle diese Wirkungen sind aber natürlich, wie der ganze Vertrag, dem gemeinsamen Willen der Parteien, ihrer Vereinbarung vollständig unterworfen. Sie können sie daher sämmtlich im einzelnen beliebig ausdehnen oder verstärken, oder umgekehrt mildern, einschränken, ganz ausschließen. Alle solche Vereinbarungen heißen Nebenverträge (pacta adjecta). Sie können sowohl neben als nach dem Hauptvertrage gemacht werden, und haben bei uns stets gleichmäßig die Wirkung, daß sie je nach ihrem Inhalte Klagen oder Einreden begründen. Ihr Inhalt ist unendlich verschieden. Sie können sich beziehen auf die Leistung selbst, Art, Zeit, Ort, Nebenleistungen, auf die Folgen der Nichtleistung, Conventionalstrafen, Verfall- und Rücktrittsrechte (lex commissoria), auf die Aufhebung des Vertrages (addictio in diem, pactum displicentiae, poenitentiae), auf Vorbehalte von Servituten, Pfandrecht, Eigenthum, Rück- oder Vorkaufsrechte u. s. w.

Bei den gegenseitigen Verträgen werden die einfachen Obligationswirkungen durch die Gegenseitigkeit der Obligationen stets etwas modificirt. Man darf die gegenseitigen Obligationen, wie bei Kauf und Miethe, nicht einfach als zwei einseitige auffassen, die nur factisch zusammen entstehen und einander gegenüberstehen, etwa wie zwei Schenkungen, vielmehr hängt die Gegenseitigkeit beiden Obligationen durch ihre causa rechtlich an und macht sie gegenseitig von einander abhängig, namentlich kann keine Partei Erfüllung verlangen, ohne selbst zu erfüllen. Ueber das Princip dieses letzteren Satzes gibt es freilich verschiedene Ansichten: erst die Leistung, nicht schon die Obligation, gebe das Recht auf die Gegenleistung; oder die beiden Obligationen seien nur zwei Seiten Eines Verhältnisses, und man könne daher nur auf Ausführung des ganzen Verhältnisses klagen (quidquid alterum alteri dare oportet); oder jede Pflicht sei Annexum der andern, man könne daher nicht einfach auf Erfüllung, sondern immer nur auf Leistung gegen Gegenleistungen klagen (z. B. auf Tradition der Sache gegen Zahlung des Preises); oder jede Obligation begründe zwar an sich eine Klage, aber die Gegenpflicht begründe eine Einrede, weil es bei gleichen Rechten unbillig sei, zu fordern, was man selbst nicht thue. Das letztere ist der richtige Standpunkt. Die Einrede heißt exceptio non impleti contractus. Sie hat das Eigenthümliche, daß sie keinen Beweis nöthig macht, sondern dem

Kläger den Beweis der Erfüllung auflegt, weil die Entstehung seiner Pflicht in der Gegenseitigkeit von selbst liegt, und die Erfüllung nicht vermuthet wird.

Uebrigens schließt aber die Gegenseitigkeit eine gewisse Verschiedenheit und Selbstständigkeit der beiden Obligationen nicht aus. So kann bei der Eingehung des Vertrages der Eine bereits gebunden sein, während der Andere noch frei ist, z. B. beim Kaufe auf Probe, ebenso kann die Aufhebung oder Anfechtung des Vertrages dem Einen zustehen, dem Anderen nicht. Ja, es kann selbst die eine Verpflichtung nichtig sein, und die andere, und damit der Vertrag, dennoch bestehen, z. B. wenn ein Pupill, der ja erwerbs- aber nicht verpflichtungsfähig ist, ohne Tutor einen Kauf abschließt (negotium claudicans). Er kann hier klagen, aber nicht verklagt werden, doch muß er auch hier, wenn er Erfüllung fordert, auch selber erfüllen.

Völlig nichtige Verträge begründen natürlich auch die Vertragswirkungen nicht. Wenn man aber den Andern zum Vertrage veranlaßt, so übernimmt man damit stillschweigend eine gewisse Garantie der Umstände, die den Entschluß des Andern bestimmen sollen, namentlich Existenz des Objects und Richtigkeit der Erklärungsmittel (z. B. bei Telegrammen) und haftet daher dem Andern für das, was Ihering passend das negative Vertragsinteresse nennt, d. h. das was der Andere gehabt hätte, wenn der nichtige Vertrag gar nicht geschlossen wäre Eine s. g. culpa in contrahendo zu Grunde zu legen, wie Ihering will, ist nicht ausreichend.

§. 58. II. Unrecht. Unrecht ist der Gegensatz des Willens gegen das Recht, die praktische Negation des Rechts, also jede widerrechtliche freie Handlung oder Unterlassung. Recht und Unrecht können nicht neben einander bestehen, das Unrecht zerstört, wenn es Bestand hat, das Recht in seiner Allgemeingültigkeit. Das Recht hat daher in der Vernichtung des Unrechts sich selbst und seine eigene Geltung zu erhalten. Die Vernichtung geschieht zunächst dadurch, daß der Thäter die äußeren Folgen seines Unrechts soweit als möglich wieder gut machen muß, also Entzogenes zurückzugeben, Schaden zu ersetzen verpflichtet ist; außerdem durch directe Vernichtung seines Willens bis zum Maße seiner Widerrechtlichkeit, d. h. durch Strafe. Die erste Art der Aufhebung des Unrechts ist die privatrechtliche (civile), die andere die öffentliche strafrechtliche (criminale). So wenigstens bei uns. In Rom bestand zwar die Strafe vielfach in Geldstrafen an den Verletzten (Privatstrafe), indessen ist davon gegenwärtig nur noch ein kleiner Rest in der Injurienstrafe übrig geblieben.

Die Civilobligation wegen Unrechts bezieht sich nicht blos auf das Unrecht, was durch selbstständige Handlungen verübt wird (Delicte), sondern auch auf das, was durch Nichterfüllung von bestehender Obligation begangen wird. Im ersten Falle begründet es selbstständige Obligationen, im zweiten modificirt es die bestehende Obligation. Der Begriff an sich ist in beiden Fällen derselbe, widerrechtlicher Wille. Das widerrechtliche Verhalten des Willens heißt im allgemeinen Schuld, culpa. Schuld ist daher die Grundlage des Unrechts. Ohne Schuld kein Unrecht, und ohne Unrecht keine Haftung für das, was man verursacht hat. Dies ist der s. g. subjective Standpunkt des römischen Rechts. Jeder haftet nur für das, was er gethan, und gethan hat er nur, was aus seinem Willen hervorgegangen ist. Das ältere deutsche Recht nahm meistens einen mehr objectiven Standpunkt ein, und ließ Haftung auch bei Verursachung von Schaden ohne Schuld eintreten, doch ist im gemeinen Rechte das römische Princip vollständig angenommen.

Der Begriff der Schuld schließt nun die beiden Elemente in sich: subjective Zurechnung und objective Widerrechtlichkeit.

1. Die subjective Zurechnung beruht auf dem Causalnexus zwischen dem Willen einer und dem Schaden einer anderen Person. Sie setzt vor allem Zurechnungsfähigkeit voraus, die bei Kindern nach der individuellen Reife beurtheilt wird, und im übrigen durch Wahnsinn und ähnliche Zustände, nach Umständen auch Irrthum und Zwang, aufgehoben werden kann. Die wirkliche Zurechnung ist dann aber nicht nur begründet, wenn man absichtlich mit Bewußtsein schadet, sondern auch, wenn man es zwar unabsichtlich, aber aus Fahrlässigkeit thut. Man unterscheidet beides als dolus und culpa. Dolus ist der Vorsatz mit dem Bewußtsein, daß das, was man thut oder läßt, einem Andern Schaden verursacht. Das Motiv, warum man es thut, ob aus Muthwillen, Bosheit, Rache, ist an sich gleichgültig, nur wenn man es aus Freundschaft oder Mitleiden für einen Dritten thut, bezeichnen die Römer dies blos als grobe culpa, als eine gar zu unbedachte Ausübung des Gefühls. Culpa ist die Unterlassung der schuldigen Vorsicht beim Handeln. Man darf bei der Complication der Lebensverhältnisse sich beim Handeln nicht damit begnügen, daß man keine schädliche Folgen für Andere sieht und beabsichtigt, sondern muß auch überlegen, ob sie nicht möglich sind, und dann für ihre Abwendung sorgen. Nur versteht sich, daß dies eine Grenze hat, daß man nur die den menschlichen Verhältnissen entsprechende Vorsicht und Sorgfalt anzuwenden braucht, die diligentia eines diligens pater familias, wie die Römer sagen. Innerhalb dieser Grenze unterscheiden die Römer weiter culpa lata und levis. Die erstere ist, wenn man nicht einmal die gewöhnliche und nahe liegende Vorsicht anwendet, die letztere, wenn man nur die feinere des diligens pater familias unterläßt. Daneben steht noch ein relativer Maßstab, wenn man in fremden Angelegenheiten weniger vorsichtig ist, als in eigenen (culpa in concreto).

2. Die objective Widerrechtlichkeit bestimmt sich verschieden, je nachdem man gegen Jemanden durch Vertrag oder sonst verpflichtet ist, oder nicht. Ohne solche Obligation hat jeder Mensch gegen andere nur die negative Pflicht, nichts zu thun, was ihnen Schaden bringen kann, man ist aber nicht verpflichtet, positiv andern Leuten Schaden, der ihnen von Dritten oder sonst droht, abzuwenden, wenn man es auch noch so leicht könnte. Man kann hier also nur durch positives Thun in culpa kommen, nicht durch bloßes Unterlassen der Schadensabwendung. Nur wenn man einmal in Thätigkeit, auch erlaubte, getreten ist, muß man dann die schädlichen Folgen daraus für Andere nach Kräften verhüten, so namentlich auch wenn man die Obhut schädlicher Kräfte irgend einer Art, Feuer, Wasser, Thiere, Kinder, Wahnsinnige, Maschinen u. s. w. übernommen hat.

In allen Fällen von culpa ohne Obligationsverhältnisse haftet man übrigens stets für jede culpa, ohne Unterschied zwischen dolus und culpa lata und levis. Steht man aber zu Jemandem in einem bestimmten Obligationsverhältnisse, was auch der Grund sein mag, so ist jede culpose Nichterfüllung der Obligation ein Unrecht, mag man nicht thun, was man soll, oder thun, was man nicht soll. Für dolus haftet man dabei stets. In Betreff der culpa kann man sich aber zu größerer oder geringerer Sorgfalt verpflichten. Hat man aber nichts Besonderes darüber ausgemacht, so ist Princip, daß wenn man Vortheil aus einem Obligationsverhältnisse hat, man stets für culpa levis haftet, wenn aber nur Nachtheil oder Last, nur für culpa lata, jedoch mit einigen Ausnahmen: der Mandatar und gestor haften für culpa levis, obgleich sie keinen Vortheil haben, umgekehrt der Precarist und mensor nur für culpa lata, und der socius, Ehemann und Vormund nur für culpa in concreto.

Alle Schuld und Haftung in und außer Obligationen ist übrigens ausgeschlossen: a) wenn der Andere die Schadenszufügung erlaubt und darin auch nichts Unsittliches liegt (volenti non fit iniuria), b) wenn man in der Nothwehr oder im Nothstande fremdes

Eigenthum verletzt, und c) wenn die bloße Ausübung eines Rechts indirect nachtheilige Folgen für Andere hat, nach dem Satze qui iure suo utitur, neminem laedit.

§. 59. Der Gegensatz von Schuld ist Zufall (casus). Zufall ist aber juristisch kein absoluter Begriff, sondern nur ein relativer, d. h. aller Schaden, den Jemand ohne Schuld einer bestimmten anderen Person erleidet, ist dieser gegenüber Zufall, wie er auch sonst entstanden sein mag, ob schuldlos durch den Anderen selbst, oder durch Naturereignisse oder durch fremde Schuld, namentlich Gewalt, oder sonst wie. Für den Zufall in diesem Sinne gilt nun, nach dem subjectiven römischen Standpunkte bei der Ersatzpflicht, das allgemeine Princip, daß Niemand dafür haftet, falls er nicht durch Vertrag, Testament oder Gesetz besonders dazu verpflichtet ist. Reiner Zufall ist es aber nicht, wenn der Andere die Einwirkung des Zufalls erst durch culpa oder mora möglich gemacht hat (casus mixtus) oder sonst irgendwie mit in Schuld bei der betreffenden Schadensstiftung ist. Nach diesen Principien sind folgende drei Hauptfälle zu entscheiden:

1. Die Haftung für fremde culpa. Nach römischem Rechte haftet man für fremde culpa in der Regel nicht anders, als wenn man selber auch in culpa ist, so namentlich bei der culpa der Stellvertreter, Dienstboten, Arbeiter, Untergebenen u. s. w. Selber in culpa ist man aber bei diesen nur, wenn man ihnen schädliche Handlungen, besonders Delicte, aufträgt oder sie ratihabirt, oder wenn man gar keinen Vertreter nehmen durfte, oder wenn man in der Wahl oder Beaufsichtigung der Vertreter nachlässig ist (culpa in eligendo oder custodiendo). Ausnahmen von diesem Grundsatze sind nur folgende:

a) bei Verträgen der Vertreter haftet der Dominus für deren s. g. contractliche culpa;

b) für alles, was aus einem Zimmer auf die Straße geworfen oder gegossen wird, haftet der Bewohner desselben, ohne Unterschied, wer es gethan und ob der Bewohner dabei in Schuld war, sofern nur der Thäter in Schuld war, und nicht ein rein casuelles Herunterfallen stattfand.

c) Gastwirthe und Schiffer haften den Reisenden für allen Diebstahl und Beschädigung der Sachen, die sie in das Gasthaus oder Schiff mit sich gebracht haben, sofern nicht fremde Gewalt oder Naturereignisse die Ursache sind.

Für die heutigen Verkehrsverhältnisse erscheinen diese Bestimmungen nicht als ausreichend, besonders bei den größeren Industrieunternehmungen von Eisenbahnen, Schifffahrt, Fracht, Fabrik, Bergwerk u. a. Wenn hier die Haftung der Geschäftsherren den Bestimmungen des römischen Rechts gemäß auf eigene culpa in eligendo und custodiendo beschränkt ist, sonst aber bei culpa der Untergebenen nur diese selbst haften und bei Zufall gar keine Haftung eintritt, so stehen Gewinn und Gefahr bei dem Unternehmer in gar keinem Verhältnisse, und die Gefahr ist fast ganz auf das Publikum und die Arbeiter abgewälzt. Eben darum hat schon das Handelsgesetzbuch bei Fracht zu Lande und zu Wasser, besonders auch bei Eisenbahnen, eine allgemeine Haftung, außer für höhere Gewalt, eingeführt, und sogar deren Beseitigung durch Reglements verboten. Weitere Gesetze für sonstige Entstehung von Schaden in solchen Verhältnissen erscheinen aber immer mehr als dringendes Bedürfniß.

2. Die Haftung für Thiere. Der Eigenthümer von Thieren, zahmen oder wilden, haftet für den von ihnen gestifteten Schaden, sobald er selbst dabei in culpa ist, vollständig, also wenn er sie selber anreizt, hetzt, nicht gehörig bewacht u. dgl. Außerdem tritt nach römischem Recht eine beschränkte Haftung insoweit ein, daß, wenn er den Schaden nicht ersetzen will, er wenigstens das Thier hergeben muß (noxae dare). Die Römer haben aber selbst hier ihren subjectiven Standpunkt nicht ganz verlassen können. Sie

geben die Klage nur, wenn wenigstens das Thier gewissermaßen eine Schuld trifft, also wenn es „contra naturam sui generis“ durch ungewöhnliche Wildheit, Muthwillen u. dergl. gehandelt hat. Daher haftet, wenn ein Thier das andere angereizt hat, der Herr des ersteren, und bei Beschädigung im Kampfe zweier Thiere fällt die Ersatzpflicht weg, wenn das beschädigte den Streit angefangen hat.

3. Haftung für leblose Sachen. Wenn leblose Sachen ohne culpa des Eigenthümers geschadet haben, z. B. Einsturz eines Hauses, fortgeschwemmte Balken, so tritt gar keine Haftung ein, nur braucht der Beschädigte die Sachen nicht ohne Ersatz herauszugeben. Gibt aber der Eigenthümer sein Eigenthum auf, so kann der Beschädigte nichts machen, ja nicht einmal auf Wegnahme der Sachen klagen. Dafür kann man aber, wenn ein Schaden erst drohend und bevorstehend ist, auf Beseitigung oder wenigstens Bestellung einer „cautio de damno infecto“ klagen.

V. Wirkung.

§. 60. Die Wirkung der Obligationen ist im allgemeinen, daß sie erfüllt werden können und müssen. Aus dem ersteren folgt, daß die zur Erfüllung geschehene Leistung keine Bereicherung des Gläubigers ist, keine Schenkung, keine Zahlung einer Nichtschuld, keine Gabe ohne Grund, sondern eben reine Erfüllung dessen, worauf der Gläubiger ein Recht, der Schuldner eine Pflicht hat. Aus dem zweiten folgt dreierlei: die Pflicht der Erfüllung, die Pflicht der Nachgewähr, die Haftung für die Nichterfüllung.

1. Die Pflicht der Erfüllung schließt in sich, daß die betreffende Leistung in allen Beziehungen der Obligation entspreche. Daß der Schuldner in Person erfülle, ist zwar in der Regel nicht wesentlich, sondern nur wenn es sich um Dienste handelt, bei der seine Individualität von Bedeutung ist.

Dagegen muß der Gegenstand in Natur geleistet werden. Eine andere Leistung an Zahlungsstatt (datio in solutum) braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Justinian hat ihn zwar aus unpassender Milde gegen den Schuldner in gewissen Nothfällen dazu verpflichtet, die neueren Gesetzbücher haben dies allgemein verworfen.

Ebenso muß die Erfüllung im vollen Umfange der Obligation geschehen, nur in wenigen Fällen ist dem Schuldner, um den Concurs zu verhindern, das Recht gegeben, daß er nicht mehr zu zahlen braucht, als er hat, und sogar noch den nothwendigen Lebensunterhalt, die s. g. Competenz, zurückbehalten kann, so insbesondere bei Obligationen zwischen Aeltern und Kindern, Geschwistern, Ehegatten, bei Schuldnern nach dem Concurse, und Schulden aus Dos und Schenkung (beneficium competentiae).

In Betreff der Zeit ist Princip, daß der Schuldner stets zahlen darf, wann er will, zahlen muß, wenn der Gläubiger es will. Selbst ein Zahlungstermin ändert in der Regel nur das letztere, nicht das erstere (dies in dubio pro reo). In Betreff der Zahlungspflicht selber ist ein Zahlungstermin in der Regel nur eine unwesentliche Modalität, so daß die Erfüllung auch nach dem Termine geschehen kann und muß, ausnahmsweise kann er aber auch wesentlicher Bestandtheil der Obligation sein, so daß nach dem Termine eine Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, wenigstens nicht angenommen zu werden braucht, z. B. bei Miethe auf einen bestimmten Tag, und fast bei allen Lieferungsverträgen.

Wenn der Ort der Erfüllung nicht durch Vertrag oder Testament bestimmt ist, so darf man zwar überall zahlen, wo man den Gläubiger findet, nur nicht an unpassendem Orte, braucht aber speciell bestimmte Sachen nur da zu zahlen, wo sie sind, andere an

seinem Wohnorte, nur bei Geldschulden muß man das Geld dem Gläubiger bringen oder schicken, so wenigstens nach dem Handelsgesetzbuche.

§. 61. Besondere Versprechen über die Erfüllung einer Obligation (Zahlungsversprechen, constitutum debiti) begründen eine selbstständige Pflicht und Klage auf Erfüllung neben der alten Obligation. Sie sind in der mannichfachsten Weise möglich, mit Aenderungen in Personen, Gegenstand, Zeit, Ort, Art der Erfüllung, oder als einfache Wiederholungen. Auch die letzteren können wichtig sein wegen Verjährung, Unvererblichkeit, Unklagbarkeit der alten Obligation und sonst. Ob mit dem Constitute eine Anerkennung, d. h. Geständniß, der alten Schuld verbunden ist, oder nicht, ist an sich gleichgültig.

Das Constitut setzt als solches stets eine gültige Hauptschuld voraus. Deren Dasein muß der Kläger beweisen, falls nicht mit dem Constitute eine Anerkennung der Hauptschuld verbunden ist. Diese ist aber in verschiedener Weise und mit verschiedener Wirkung möglich. Bezieht sie sich blos auf die Thatsachen der früheren Schuld, so ist sie ein bloßes Geständniß; bezieht sie sich auf das Recht als solches bei bestimmter angegebener causa, so liegt darin neben dem Geständnisse noch die Erklärung, das Recht daraus gelten lassen, also nicht anfechten und bestreiten zu wollen, also ein Verzicht; bezieht sie sich aber auf eine Forderung ohne alle oder ohne genügende Angabe der causa, so liegt darin die Erklärung, das Recht auch ohne Rücksicht auf die causa als begründet gelten lassen zu wollen, also eine entschiedene Trennung von Forderung und causa, und ausdrücklich oder implicite ein abstractes Versprechen auf erstere. Sofern man nun die Trennung von Versprechen und causa bei neuen Verträgen nach S. 324 zuläßt, muß man es auch hier bei der Anerkennung alter Schulden, und muß somit auch eine Klage aus dem Versprechen der Zahlung von so anerkannten Schulden zulassen. Der Standpunkt des Beweises und Verzichtes reicht dabei nicht aus, da es sich um den Willen, eine Forderung ohne causa gelten zu lassen, handelt. Die Gesichtspunkte eines gerichtlichen Geständnisses oder Erkenntnisses, die Unger und Windscheid hereinziehen, können höchstens als Vergleich, nicht als Construction dienen, und fördern die Sache bei der wesentlichen Verschiedenheit von Vertrag und Proceß nicht sehr. Aus dem Zahlungsversprechen mit Anerkennung einen selbstständigen Anerkennungsvertrag zu machen, ist nicht zulässig. Der Begriff „anerkennen" setzt stets ein schon Bestehendes, was anerkannt wird, voraus, er begründet nicht materiell neu, sondern stellt nur schon Bestehendes fest. Demnach ist das beigefügte Versprechen stets Zahlungsversprechen (Constitut) für eine schon bestehende oder wenigstens nach der Absicht der Parteien als bestehend zu denkende Schuld. Ist kein ausdrückliches Versprechen beigefügt, so ist es in der Anerkennung einer Forderung ohne causa von selbst implicite enthalten. Allerdings kann unter der Form der Anerkennung einer alten Schuld die Begründung einer neuen versteckt sein, indessen kann dies höchstens als Anfechtungsgrund in Betracht kommen.

§. 62. 2. Die Pflicht der Nachgewähr bezieht sich sowohl auf die factischen Eigenschaften der Sachen als auf das rechtliche Behaltenkönnen derselben. In beiden Beziehungen ist die Nachgewähr besonders beim Kaufe wichtig und daher auch bei diesem im römischen Rechte hauptsächlich entwickelt, sie tritt aber bei allen andern ähnlichen Verpflichtungen ebenso ein.

a) In Betreff der factischen Eigenschaften muß der Schuldner dafür einstehen, daß die Sache so ist, wie sie obligationsmäßig sein soll, daß sie also die versprochenen Vorzüge und keine heimlichen Mängel habe. Dabei unterscheiden die Römer die Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts über bona fides, und die nach einem besonderen Edicte der Aedilen. Die erstere tritt nur bei s. g. dicta et promissa und dolus ein, d. h. wenn der Verkäufer das Dasein besonderer Vorzüge oder das Nichtdasein

besonderer Mängel versichert hat, oder heimliche Mängel gewußt und verschwiegen hat. Die Klage ist die gewöhnliche Kaufklage von dreißig Jahren auf Preisermäßigung, und bei dolus auf das volle Interesse. Nach dem ädilitischen Edicte haftet der Verkäufer aber wegen aller dicta und promissa und wegen aller heimlichen Mängel, wenn er sie auch nicht kennt, unbedingt nach Wahl des Käufers auf Preisermäßigung oder Redhibition, d. h. Rückgabe der Sache und Aufhebung des Vertrages, jedoch letzteres nur sechs Monate, ersteres ein Jahr. Bei gewissen heimlichen Mängeln ist übrigens auch ohne dolus des Verkäufers die dreißigjährige Civilklage zugelassen, nämlich bei solchen, die das habere licere, d. h. Besitz und Gebrauch der Sache, ganz aufheben, wie tödtliche Krankheit von Thieren, Schadhaftigkeit von Balken, Fässern u. a.

b) Bei allen Obligationen auf Uebertragung von Sachen und Rechten muß der Schuldner auch nach der Leistung dafür einstehen, daß der Gläubiger sie behalten kann, daß sie ihm also nicht von Dritten wegen schon vorhandener Ansprüche evincirt, entwehrt, d. h. durch Klage abgestritten und abgenommen werden. Diese Haftung hat das römische Recht in einer doppelten Weise, entweder so, daß die evincirte Sache als gar nicht gegeben gilt, die Obligation also einfach fortdauert, oder so, daß wegen der Eviction eine besondere Klage auf vollen Schadensersatz stattfindet. Das erste ist, wenn bei einseitigen, nur generischen Obligationen aus Legat, Schenkung, Stipulation, das gegebene specielle Stück evincirt wird, das letztere tritt dagegen bei allen gegenseitigen Obligationen ein. Eigenthümlich ist dabei, daß hier Haftung auf das ganze Interesse ohne alle Rücksicht auf culpa stattfindet. Es ist historisch daraus zu erklären, daß man sich in Rom beim Kaufe in der Regel das Doppelte des Kaufpreises für den Fall der Eviction versprechen ließ (duplae stipulatio). Aus welchem Rechtsgrunde der Dritte evincirt, ob wegen dinglichen Rechts, Eigenthum, Pfandrecht u. a., oder wegen persönlichen Rechts mit actio in rem scripta, wie actio metus, Noxalklage u. a., ist gleichgültig. Nur versteht sich, daß aus rein persönlichen Rechten gegen den Verkäufer überhaupt keine Eviction gegen den Käufer begründet werden kann. Wesentlich für die Haftung des Verkäufers ist natürlich, daß das Evictionsrecht schon zur Zeit des Kaufes existirte oder nachher durch Schuld des Verkäufers entstanden ist, für Zufälligkeiten nach dem Kauf, z. B. Expropriation, haftet er nicht. Uebrigens muß der Käufer die Sache gegen den Evictionsanspruch gehörig vertheidigen, namentlich dem Verkäufer Anzeige davon machen, sonst kann er keinen Ersatz fordern, außer wenn er beweisen kann, daß alles doch nichts geholfen haben würde.

§. 63. 3. Die Folge der Nichterfüllung einer Obligation ist im allgemeinen gesetzlich nur die Haftung für allen Schaden, der dem Gläubiger daraus erwächst. Durch Verträge oder Testament können aber beliebige andere Folgen, namentlich Conventionalstrafen, und bei Verträgen Aufhebungs- und Rücktrittsrechte, begründet werden. Die Nichterfüllung einer Obligation zu der Zeit, wo sie erfüllt werden sollte, heißt im allgemeinen Versäumung, mora. Wenn indessen eine spätere Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, so ist die Versäumung eine absolute Nichterfüllung und die Versäumung der Zeit kommt als solche nicht weiter in Betracht. Wenn dagegen spätere Erfüllung möglich ist, wie besonders bei allen Geldschulden, so kommt nun der eigenthümliche Begriff der Verzögerung oder Verspätung zur Erscheinung. Dies ist der Verzug, mora im engern Sinne.

Ein Verzug setzt zweierlei voraus: daß der Schuldner zur wirklichen sofortigen Zahlung verpflichtet ist, und daß er sie doch ohne gerechten Entschuldigungsgrund unterläßt. Das erstere tritt nicht, wie die actio nata, von selbst mit der Fälligkeit der Schuld ein. Diese bewirkt nur, daß der Gläubiger die Zahlung verlangen kann, aber der Schuldner braucht erst zu zahlen, wenn er sie auch wirklich verlangt hat. Unaufgefordert braucht nach römischer Auffassung Keiner seine Schulden zu zahlen, so wenig, daß wenn der

Gläubiger gar nicht mahnt, die Schuld durch Verjährung ganz untergeht und man gar nicht zu zahlen braucht. Die mora geht also nicht schon ex re, d. h. aus dem Dasein der Schuld an sich, hervor, sondern nur ex persona, d. h. aus der Nichtbefolgung der Mahnung des Gläubigers. Mahnung, interpellatio, ist nichts anderes, als die Aufforderung zur Zahlung. Sie erfordert keine Form, sondern nur, daß sie wirklich vom Gläubiger an den Schuldner geschieht, oder beiderseits durch und an gehörige Vertreter, und nicht vor der Fälligkeit der Schuld. Entzieht sich der Schuldner der Mahnung, so genügt der Versuch, natürlich mit gehöriger Bezeugung. Ausnahmsweise bedarf es keiner Mahnung, nämlich bei Dieben, Räubern und Dejicienten (nicht bei allen Delictsschulden), und wenn ein fester Zahlungstermin mit der Absicht beigefügt ist, daß der Schuldner da von selbst zahlen solle, dann „dies interpellat pro homine“. Die Absicht ist nach römischem Rechte im Zweifel nicht anzunehmen, ohne innern Grund nimmt die heutige Praxis das Gegentheil an.

Bei den Entschuldigungsgründen nehmen die Römer nicht den Standpunkt der gewöhnlichen culpa ein mit Unterscheidung von culpa lata und levis, sondern sie lassen schlechthin nur drei Gründe zu, gerechte Zweifel über Dasein und Umfang der Schuld, Sicherung des Beweises und äußere Hindernisse der Leistung. Dagegen wird auf blos subjective Hindernisse, namentlich Armuth, wenn sie auch noch so unverschuldet sein sollte, keine Rücksicht genommen.

Die Folgen der mora beruhen auf der Haftung für allen Schaden. Daraus folgt die Haftung für casus, und daß man nicht mehr durch ihn frei wird (perpetuatio obligationis), die Verpflichtung zu Verzugszinsen und sonstigem Schadensersatze, und das Recht des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen, falls die Ausführung alles Interesse verloren hat.

Wenn übrigens der Gläubiger die Erfüllung verhindert, weil er die gehörig angebotene Leistung nicht annimmt, oder die Anbietung selbst hindert (mora accipiendi), so wird dadurch zwar die Schuld an sich nicht aufgehoben, aber der Schuldner darf keinen Nachtheil davon haben, seine Verpflichtung wird daher auf das geringste Maß reducirt, er haftet nur noch für culpa lata, die gesetzlichen Zinsen hören auf, ebenso die Conventionalstrafen, er wird durch casuellen Verlust des Geldes, was er zahlen wollte, frei, und kann Ersatz der weiteren Aufbewahrungskosten der Sache fordern, ja im Nothfall diese nach nochmaliger Aufforderung derelinquiren.

VI. Uebergang der Obligationen auf andere Personen.

§. 64. Es ist schon oben S. 316 ausgeführt, daß über das Verhältniß der Obligation zu den bei ihr betheiligten Personen im römischen und heutigen Rechte eine verschiedene Auffassung herrsche, die sich namentlich auch bei der Frage nach der Möglichkeit eines Ueberganges der Obligationen auf andere Personen zeige. Das römische Recht läßt einen Uebergang zwar durch Universalsuccession activ und passiv zu, also besonders bei der Beerbung, eben weil hier rechtlich die alten Personen in den neuen noch fortdauern, dagegen ist eine Singularsuccession vollständig ausgeschlossen. Eine eigentliche Uebertragung kann activ und passiv nur dadurch vermittelt werden, daß die Obligation in den neuen Personen förmlich und vollständig erneut, novirt, d. h. durch einen neuen Vertrag neu constituirt wird. Activ muß sich der neue Gläubiger auf Anweisung (Delegation) des alten die Schuld von dem Schuldner neu versprechen lassen; passiv muß der neue Schuldner auf Delegation vom Gläubiger die Schuld neu versprechen. Bei der passiven Uebertragung sind die Römer über diesen Standpunkt überhaupt gar nie hinausgekommen. Bei der activen haben sie allerdings eine einseitige Uebertragung vom Gläubiger ohne

Zuziehung des Schuldners möglich gemacht, aber doch nur indirect durch Vermittelung des Begriffs der Stellvertretung. Der Gläubiger kann einen Andern nicht nur factisch zu seinem Vertreter in Einziehung und Einklagung der Forderung zu eigenem Interesse machen (procurator in rem suam), sondern ihm auch ein festes Recht auf diese Vertretung, und insofern auf die Ausübung der Obligation geben, und ebenso kann auch das Gesetz statt seiner einem Andern ein solches Vertretungsrecht zur Ausübung der Obligation ertheilen. Dies ist die Cession. Die Römer haben dabei bis zuletzt daran festgehalten, daß der alte Gläubiger die Obligation eigentlich und de iure immer behält, und der Cessionar nur das Recht bekommt, sie statt seiner auszuüben. Allerdings ist der Cessionar nicht mehr Procurator, auch nicht fingirter, sondern hat ein selbstständiges Vertretungs- und Ausübungsrecht (actio utilis), und darum steht die Cession im materiellen und praktischen Resultate einer wirklichen Uebertragung des Rechts völlig gleich, allein der Standpunkt für die rechtliche Anschauung und Construction des Verhältnisses ist darum doch stets der der Unübertragbarkeit der Obligation. Man hat das Recht des Gläubigers nach der Cession dem nudum ius des alten quiritarischen Eigenthümers gleich stellen wollen. Allein das quiritarische Eigenthum war an sich übertragbar, es bedurfte nur einer bestimmten Form. Bei der Obligation sah man die Unübertragbarkeit in der Sache, nicht in der Form. Zwischen Eigenthum und Obligation ist auch in Betreff der Uebertragung ein wesentlicher Unterschied. Obligationen existiren nicht, wie Sachen, von Natur, sondern nur durch eine Person als Begründer. Ihr Inhalt und Umfang kann daher nie, wie beim Eigenthume, aus sich selber bestimmt werden, sondern immer nur aus der Person des ersten Begründers. Auch bei der freiesten Uebertragbarkeit bleibt daher dessen Person doch stets maßgebend für ihren Inhalt und insofern unzertrennlich von ihr. Die Römer formalisiren dieses materielle Princip in der Festhaltung des ersten Begründers als fortwährenden eigentlichen Obligationssubjectes. Dazu kommt, daß, da die Cession den Schuldner nicht wie eine Sache sondern nur als verpflichtete freie Person treffen kann, sie für ihn erst wirksam werden kann, wenn er sie erfährt, folglich der Uebertragungsact hier nicht, wie beim Eigenthume, die Uebertragung vollenden kann. Die zweifelhafte Frage, wie der Rechtszustand der Obligation in der Zwischenzeit zu denken sei, erledigen die Römer einfach durch die Festhaltung ihres alten Princips. Man braucht daher nicht einzelne praktische Folgen des Unterschieds der römischen und heutigen Auffassung aufzusuchen, um daraus die Fortdauer der ersten zu erklären. Die ganze Anschauung und Construction war der Grund, nicht einzelne unwesentliche gleichgültige Folgen. Die Engländer halten ebenso bis auf den heutigen Tag den Standpunkt der Vertretung bei der Cession fest. In Deutschland ist dagegen, nach der oben besprochenen größeren Scheidung des objectiven und subjectiven Bestandes der Obligation in der rechtlichen Auffassung derselben, die Idee einer Singular-Succession in Obligationen stets als zulässig angesehen, und zwar nicht nur in der laienhaften Ansicht des Volkes, sondern auch in der technischen Auffassung der Juristen und Gesetzgeber. Wir sehen, wenn A dem B 100 Thaler schuldet, es nicht als wesentlich an, daß nur der B sie fordern kann und halten es daher für völlig zulässig, daß B sein Recht vollständig auf C übertrage. Die Bestimmung des Inhalts der Obligation nach der Person des B als ersten Begründers ist zwar natürlich auch bei uns, aber wir halten es nicht für nöthig, darum den B stets noch als wirklichen Gläubiger anzusehen. Sehr streitig ist freilich die Frage über den Zustand der Obligation von der Cession bis zur Benachrichtigung des Schuldners. Ist die Cession wirkliche Uebertragung, so kann der Schuldner nicht mehr an den Cedenten zahlen; kann er noch zahlen, so muß der Cedent noch Gläubiger sein. Die Lösung von Windscheid, daß die Cession erst durch die Anzeige vom Cessionar an den Schuldner

als Besitzergreifung der Schuld vollendet werde, und bis dahin beide, Cedent und Cessionar, wirkliche Gläubiger seien, möchte keine glückliche sein. Die Consequenz fordert Uebergang mit der Cession, die Billigkeit fordert, daß der Schuldner von seiner Unkenntniß keinen Schaden habe, daß er also durch Zahlung befreit werde, keineswegs aber auch, daß er durch Erlaß und andere Verträge frei werde.

In der weiteren Durchführung der Cession führt der heutige Standpunkt zu keinen andern Consequenzen, als der römische. Cessibel sind alle Forderungen, bei denen nicht ausnahmsweise besondere Eigenschaften des Gläubigers für die Ausübung wesentlich sind, sei es an sich oder nach besonderer Verabredung. Bei der Cession selbst sind, wie bei der Tradition, causa und Cession zu unterscheiden. Erstere können alle Uebertragungsgründe von Rechten sein. Letztere geschieht durch formlose Erklärung vom Gläubiger oder vom Richter, in gewissen Fällen tritt sie auch von selbst nach dem Gesetze ein (cessio legis), nämlich bei allen Rechtsgeschäften auf Uebertragung von Obligationen (Cession ist nicht so wie Tradition nöthig), ferner wenn man Obligationen begründet, die eigentlich einem Andern gehören sollten und auf deren Cession dieser daher ein Recht hat, wie bei Vertretern und Erbschaftsbesitzern, und wenn man gesetzlich genöthigt ist, fremde Schulden zu zahlen und daher Cession der Klage verlangen kann, wie Mitvormünder u. a. Die Wirkung der Cession ist Uebergang der Obligation, so wie sie ist, mit allen Rechten, aber auch allen Beschränkungen und Einreden. Die Lage des Schuldners darf rechtlich nicht verschlechtert werden. Das Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar richtet sich ganz nach der causa der Cession; die Regel, der Cedent hafte für veritas aber nicht für bonitas, ist nur für den Kauf und ähnliche Geschäfte gültig.

§. 65. Aus der Möglichkeit, Forderungsrechte zu übertragen, folgt keineswegs von selbst auch die Möglichkeit der Uebertragung von Schulden, aus der activen Cession kann man keine passive ableiten. Forderung und Schuld stehen in der Obligation nicht parallel neben einander, sondern in directem Gegensatze zu einander als Recht und Pflicht. Recht aber ist Möglichkeit, Pflicht Nothwendigkeit. Ueber die Möglichkeit ist man Herr, von der Nothwendigkeit wird man selber beherrscht. Darin liegt der einfache Grund, warum man Schulden absolut nie ohne Zustimmung des Gläubigers übertragen kann. Es ist merkwürdig, wie oft diese einfachen Kategorien übersehen werden, und man nach besonderen Gründen sucht, warum die Zustimmung des Gläubigers hier nothwendig sei, wegen seines besonderen Interesses u. a. Zustimmung des Schuldners ist dagegen zur Abnahme seiner Schuld nicht nöthig. Er selber nur kann sich der Nothwendigkeit nicht entziehen, wohl aber kann ein Anderer mit Zustimmung des Gläubigers ihn davon befreien, sie ihm ab- und auf sich nehmen, auch ohne sein Wissen und Wollen, ja selbst wider seinen Willen. Die reine Pflicht ist kein Recht.

So wenig aber ohne Zustimmung des Gläubigers eine Uebertragung der Schuld möglich ist, so vollständig muß sie es mit seiner Zustimmung sein. Wenigstens nach heutigem Rechte. Im römischen Rechte ist nach dem Principe der Persönlichkeit der Obligationen eine Uebernahme fremder Schulden nur indirect möglich, entweder durch volle Novation oder dadurch, daß der Uebernehmer durch Constitut die Zahlung der fremden Schuld verspricht und der eigentliche Schuldner durch pactum befreit wird. Nach dem modernen Principe ist vollständiger subjectiver Eintritt in die Obligation ohne alle Aenderung ihres objectiven Bestandes möglich, also eigentliche Uebernahme der fremden Obligation als solcher ohne ihre Erneuung, eigentliche Succession. Das rechtsbegründende Element dabei ist der Wille der Parteien. Dabei ist der Wille des Gläubigers wesentlich, der des Schuldners nicht. Die Uebernahme kann daher in doppelter Weise vollzogen werden, entweder durch Vertrag des Schuldners und Uebernehmers unter Zustimmung

des Gläubigers, oder durch Vertrag des Uebernehmers mit dem Gläubiger. Dagegen begründet der bloße Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer ohne Zustimmung des Gläubigers keinen Uebergang, keine Succession, keine Pflicht des Uebernehmers gegen den Gläubiger, sondern nur Pflicht gegen den Schuldner, ihn zu befreien. Wie aber die Zustimmung des Gläubigers erklärt wird, ist gleichgültig, ob vorher oder nachher, ob ausdrücklich oder stillschweigend. Ein besonderer Vertrag mit dem Uebernehmer ist für ihn nicht nöthig. Sein Recht gegen diesen beruht nicht auf einem besonderen persönlichen Zahlungsversprechen von diesem, sondern auf dessen subjectivem Eintritte in die objective Obligation, der mit seinem (des Gläubigers) Willen geschehen ist. Stillschweigende Einwilligung ist es, wenn er nach Kenntniß des Uebernahme-Vertrages Zahlungen vom Uebernehmer annimmt. Wenn aber Schuldner und Uebernehmer gar keine eigentliche Uebernahme der Obligation gewollt haben, sondern nur Verpflichtung untereinander, so kann der Gläubiger sich nicht einmischen und das Verhältniß nicht zur eigentlichen Uebernahme machen. Die Sache ist dann wie im römischen Rechte, und der Gläubiger kann daher gegen den Uebernehmer ein Recht nur bekommen entweder durch Versprechen (Constitut) von ihm, oder durch Cession der Klage des Schuldners gegen ihn.

VII. Aufhebung der Obligationen.

§. 66. Obligationen können mit oder ohne Befriedigung (satisfactio) des Gläubigers aufgehoben werden. Ihrem eigentlichen Zwecke entsprechend ist nur die Aufhebung durch Erfüllung. Indessen versteht sich, daß wenn der Gläubiger sich in irgend einer andern Weise für befriedigt erklärt, dieses der Erfüllung gleich stehen muß, sei es, daß er eine andere Leistung annimmt, oder daß er durch liberatorischen Vertrag den Schuldner frei läßt. Wider seinen Willen kann dagegen in der Regel keine anderweitige Befriedigung bei ihm angenommen werden, doch aber ausnahmsweise in einzelnen Fällen, namentlich bei der Compensation. Noch weniger kann der Gläubiger seine Forderung natürlich ohne Befriedigung gegen seinen Willen verlieren. Doch gibt es auch hier eine Reihe von Fällen, wo er sich theils ohne wirkliche Befriedigung als befriedigt ansehen muß, wie bei mora accipiendi, theils eigentlicher materieller Verlust des ganzen Rechts gesetzlich angeordnet ist, wie bei Verjährung, Strafen u. dgl. Der Hauptunterschied der Aufhebung mit und ohne Befriedigung ist, daß bei ersterer stets auch das Pfandrecht für die Obligation aufhört, bei letzterer es fortdauern kann.

1) Bei der Erfüllung der Obligationen haben die Römer das Princip der Persönlichkeit der Obligation nicht festgehalten. Sie sagen zwar, eigentlich könne eine Pflicht nur vom Pflichtigen selber erfüllt werden, allein praktisch lassen sie die Erfüllung auch von Andern zu, auch ohne Wissen und Wollen ja selbst wider Willen des Schuldners. Auch ist der Gläubiger zur Annahme von Dritten verpflichtet, wenn er nicht ein besonderes Interesse an der persönlichen Erfüllung vom Schuldner hat. Wesentlich für die Aufhebung der Obligation durch Erfüllung ist nur, daß sie an den Gläubiger selbst oder einen berechtigten Vertreter geschehe, und dem Inhalte der Obligation gemäß, was nach den oben S. 330—333 ausgeführten Grundsätzen zu bestimmen ist.

2) Reale Befriedigung ohne eigentliche Leistung tritt mit Willen des Gläubigers ein, wenn er eine datio in solutum annimmt, den Gegenstand selber an sich nimmt, Geld ausgibt u. dgl.; ohne Willen des Gläubigers, wenn die Zahlung indirect durch seinen Erblasser oder Gläubiger an ihn kommt, und besonders durch Compensation, d. h. Abrechnung von Gegenforderungen. Diese kann zwar vertragsmäßig vorgenommen werden, der Schuldner hat aber auch ein festes Recht darauf, und zwar in der Weise,

daß, wenn er es geltend macht, die Forderung rückwärts mit dem Entstehen der Gegenforderung als von selbst getilgt behandelt wird, so daß von da Zinsen, Conventionalstrafen, Pfandrechte aufhören u. s. w. Insofern wirkt die Compensation, wenn sie geltend gemacht wird, rückwärts ipso iure in der Vergangenheit, sie tritt aber nicht von selbst ipso iure ein, sondern nur, wenn der Verklagte sie durch Einrede geltend macht. Denn wenn er will kann er ebenso gut auch selbstständig fordern und klagen, statt compensiren.

3) Befriedigung durch freiwilliges Aufgeben der Forderung kann nicht durch einseitige Dereliction, sondern nur durch liberatorischen Vertrag mit dem Schuldner geschehen, aber in verschiedener Weise. Man unterscheidet:

a) einfachen Erlaß, d. h. den Vertrag, daß die Schuld aufgehoben sein solle. Verschieden davon sind bloße Beschränkungen der Forderung in Zeit, Ort, Art, namentlich Stundungsverträge. Beim eigentlichen Erlasse ist ein weiterer Unterschied zwischen directer Aufhebung und indirecter durch Einrede im heutigen Rechte nicht mehr.

b) Beiderseitiger Rücktritt hebt Obligationen aus gegenseitigen Verträgen beiderseits auf, wenn der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist, oder die Erfüllung zurückgegeben wird.

c) Novation, d. h. die Umwandlung einer Schuld in eine neue, durch einen neuen Vertrag darüber, ohne eine neue materielle causa. Sie kann unter den alten Parteien stattfinden, wenn sie eine Schuld unter sich im Inhalte ändern und dabei neu constituiren wollen, oder wenn sie eine Obligation aus Delict, Testament, Gesetz in eine Vertragsobligation umwandeln wollen, oder eine Obligation aus einem materiellen Vertrage in einen s. g. Formalcontract, z. B. Kaufschuld in Wechsel. Die Novation kann aber auch mittelst Delegation zum Zwecke der Uebertragung der Obligation auf Andere, der activen wie der passiven, benutzt werden, und war dazu in Rom sogar das Hauptmittel, während bei uns allerdings directe Uebertragung möglich ist, wie schon oben S. 333—336 ausgeführt ist. Wesentlich für die Novation ist stets, daß die Umwandlung auf Grund der alten materiellen causa vorgenommen wird, daß also kein selbstständiger neuer Obligationsgrund eintritt, sondern nur die auf dem alten Grunde beruhende Schuld in der oben bezeichneten Weise geändert werden soll. Das neue Versprechen ist zwar der neue formale Grund der neuen Schuld, allein materiell beruht es nur auf der alten Schuld und deren causa, es will nur diese umwandeln, nichts materiell Neues begründen. Eben darum kommt der Grund, warum der Schuldner sich auf die Veränderung einläßt und das neue Versprechen gibt, nicht in Betracht. Keine Novation ist es aber, wenn die alte Schuld einfach aufgehoben und an ihre Stelle ein neuer Vertrag mit selbstständiger causa gesetzt wird, z. B. aus einer Kaufschuld eine Darlehnsschuld gemacht wird. Dies ist, wenn es ernstlich gemeint ist, so zu behandeln, wie wenn das Geld gezahlt und wiederzurückgeliehen wäre. Man hat wohl gesagt, die Novation sei auch ein materieller Vertrag, weil die causa des neuen Versprechens in der Aufhebung der alten Obligation liege. Allein die Parteien schließen den neuen Vertrag in der Regel nicht, um den alten aufzuheben, sondern umgekehrt heben sie diesen auf, weil sie den neuen schließen, deshalb kann das neue Versprechen auch ohne Aufhebung des alten gültig sein. Eher kann man sagen, da die neue Obligation es ist, was die alte aufhebt, so sei dies als eine Art in solutum datio aufzufassen, zumal da wenigstens im neueren Rechte die Aenderung der Obligation so weit gehen kann, daß sie einen ganz andern Gegenstand und Inhalt bekommt. Die Auffassung ist der Sache nach möglich, nur entspricht sie dem Ideenstandpunkte der Parteien in der Regel nicht, da deren Absicht nur auf Aenderung, Umwandlung, Erneueung der alten Obligation gerichtet ist. Es ist aber nicht gut, einem Verhältnisse ein andere rechtliche Construction unterzulegen, als die Parteien factisch im Sinne haben.

4) Ohne wirkliche Befriedigung muß sich der Gläubiger als befriedigt ansehen in den Fällen, wo wenigstens der Schuldner den Gegenstand der Obligation auch nicht mehr hat, und es am Gläubiger selber oder wenigstens nicht am Schuldner liegt, daß der Gläubiger keine Befriedigung bekommt. Dies ist der Fall a) bei der mora accipiendi des Gläubigers, wenn hier der Schuldner den Schuldgegenstand gerichtlich deponiren oder ganz derelinquiren kann; und b) wenn dem Schuldner nach Perfection der Obligation die Erfüllung durch reinen Zufall, ohne culpa und mora, objectiv unmöglich wird. Unmögliches kann man nicht leisten und auf Ersatz haftet man nach dem allgemeinen Principe nur, wenn man in culpa ist. Die Unmöglichkeit muß aber eine objective sein, also bei Handlungen durch Tod, Krankheit, äußere Hindernisse bewirkt werden, bei Sachen durch physischen Untergang oder durch Entziehung von höherer Gewalt, auch ist sie hier nur bei speciell bestimmten möglich, nicht auch bei nur generisch bestimmten, namentlich Geld (genus non perit). Im übrigen gilt das Princip der Befreiung durch Zufall gleichmäßig für alle Obligationen. Bei gegenseitigen, namentlich Kauf, folgt daraus, daß wenn nur Einer durch Zufall frei wird, der Andere zahlen muß, obwohl er nichts bekommt. Man hat dieses für unbillig und der Gegenseitigkeit widersprechend gehalten. Allein die Gegenseitigkeit besteht nicht darin, daß Jeder nur zu geben hat, sofern er etwas bekommt, das wäre der reine Realcontract, sondern darin, daß Jeder nur verpflichtet wird, sofern der Andere auch entsprechend verpflichtet wird. Für seine Pflicht hat dann Jeder einzustehen, für den Zufall nicht. Nur versteht sich, daß bei den Verträgen auf fortgesetzte Leistungen, wie Miethe, mit dem Untergange der Sache der Vertrag als gegenstandslos für die Zukunft wegfällt.

5) Die übrigen Aufhebungsgründe der Obligationen, wie Verjährung, Tod, Confusion, Strafe u. s. w., beruhen nicht auf dem Principe der Befriedigung, bedürfen hier aber keiner weiteren An- und Ausführung.

VIII. Schutz und Sicherung der Obligationen.

§. 67. Die Klagen, wodurch die Obligationsrechte geltend gemacht werden, haben alle gleichmäßig die allgemeine Natur der actio in personam. Sie sind Klagen des Gläubigers gegen die Person des Schuldners auf Erfüllung der Obligation in Haupt- und Nebenpunkten oder Schadensersatz, bei Verträgen nach Umständen auch Aufhebung des Vertrages. Den Klagegrund bildet die Obligation. Darin liegt eigentlich ihre Entstehung und ihre Fortdauer, d. h. Nichtaufhebung. Indessen braucht der Kläger nur die erstere, also den Entstehungsgrund, zu beweisen. Die Aufhebung, auch die Zahlung, als neues Factum, kann der Richter annehmen, wenn sie nicht vom Schuldner behauptet und bewiesen wird. Man nennt dies nicht ganz passend, die Fortdauer werde präsumirt. Die einzelnen Klagen unterscheiden sich danach eigentlich nur durch den Rechtsgrund und den Gegenstand der einzelnen Obligationen. Indessen sind damit einzelne, aber wenige, weitere Unterschiede von allgemeinerer Anwendung verbunden, so namentlich in Betreff der Vererbung zwischen den Klagen aus Verträgen und aus Delicten, und den Klagen auf Strafe und auf Erhaltung oder Wiederherstellung des Vermögens (a. poenales und rei persecutoriae), außerdem der Unterschied zwischen den einfachen actiones in personam und den in rem scriptae (S. 315). Dagegen hat der römische Unterschied von Klagen, die nach strengem Recht und die nach Billigkeit beurtheilt werden (actio stricti iuris und bonae fidei), bei uns keine praktische Anwendbarkeit mehr. Zwar tritt bei uns bei gewissen Klagen auch eine gewisse besondere Strenge

ein, und zwar nicht nur processualisch, wie bei Wechsel- und Executivproceß, sondern auch in der materiellen Behandlung bei den Klagen aus abstracten Versprechen, indessen beruht das nicht mehr auf dem römischen ius strictum, sondern auf selbstständigen Ideen des heutigen Rechts; es ist daher dabei zwar wohl Vergleich und Analogie mit dem römischen Rechte zulässig, nicht aber unmittelbare Anwendung desselben.

§. 68. Neben dem rechtlichen Schutze sind bei Obligationen Sicherungsmittel der factischen Realisirung des Rechts besonders wichtig, da diese durch bösen Willen, Nachlässigkeit oder Unglück des Schuldners leicht vereitelt oder wenigstens sehr erschwert werden kann. Die Mittel können je nach der Art der Gefahr und den sonstigen Umständen sehr verschieden sein. Abgesehen von der bloßen Sicherung des Beweises durch Zeugen, Schrift u. a. ist das Hauptmittel gegen bösen Willen und Nachlässigkeit des Schuldners, daß man ihn sich für den Fall der verspäteten oder sonst ungehörigen Erfüllung der Obligation irgend welchen Nachtheilen, namentlich Zahlungen oder Abzügen von Geld, vertragsmäßig unterwerfen läßt. Man nennt dies Conventionalstrafen, indessen sind dieselben nicht als eigentliche Strafen wie bei Delicten anzusehen, sondern als einfache bedingte Verträge zu behandeln. Darum ist auch die Frage, ob neben der Strafe auch noch die Erfüllung der Hauptobligation gefordert werden kann, oder ob die Strafe an deren Stelle tritt, und ob der Schuldner sich durch die Strafe von der Pflicht der Erfüllung frei machen kann, oder nur der Gläubiger zwischen beiden die Wahl hat, ganz nach der Vereinbarung und Absicht der Parteien zu entscheiden; im Zweifel ist keine Erfüllung neben der Strafe, aber auch kein Reurecht des Schuldners anzunehmen.

§. 69. Gegen Insolvenz des Schuldners können Conventionalstrafen natürlich keine Hülfe geben, hier muß die Sicherheit außerhalb seiner Person gesucht werden, also in Sachen oder in andern Personen. Darauf beruhen Pfand und Bürgschaft. Ueber das erstere s. oben S. 310—314. Unter Bürgschaft versteht man heutzutage jedes Versprechen, eine fremde Schuld zahlen zu wollen, falls der Schuldner sie nicht selbst zahle. Die Römer hatten einen solchen allgemeinen Begriff noch nicht, sondern unterschieden accessorische Uebernahme einer fremden Schuld auf eigene fides (fideiussio) und Zahlungsversprechen auf fremde Schuld (constitutum debiti alieni). Der Gedanke der erstern ist, daß der Bürge an dem ganzen Obligationsverhältnisse des Hauptschuldners accessorisch Theil nimmt, die volle Haftung dafür mit übernimmt, darum treffen ihn alle Veränderungen in der Hauptschuld von selber mit, sowohl zu seinem Nachtheile als Vortheile, d. h. einerseits haftet er auch für culpa und mora des Hauptschuldners, andererseits kommen ihm aber auch die erst später entstehenden Einreden des Hauptschuldners zu gute. Das Constitut ist dagegen an sich nur das Versprechen, den Inhalt einer fremden Obligation, so wie er jetzt zur Zeit des Constitutes ist, zahlen zu wollen; die späteren Veränderungen in der Obligation berühren das Constitut nicht mehr, der Constituent haftet weder für culpa und mora des Hauptschuldners, noch bekommt er dessen spätere Einreden. Der Unterschied beider Verbürgungsarten trat in der Form sehr scharf hervor, indem die fideiussio durch Stipulation geschah, das Constitut formlos war. Der Sache nach gehen beide Begriffe nun aber doch vollständig ineinander über. Denn da man nach neuerem Rechte auch zukünftige Forderungen im voraus constituiren kann, so kann man auch die Zahlung von allem, was der Schuldner aus der Obligation schuldig sein werde, aber auch nur von dem, constituiren, und dann hat das Constitut denselben Inhalt, wie die fideiussio. Andererseits ist die Uebernahme einer fremden Schuld auf eigene fides der Sache nach nichts anderes, als das Versprechen, den eventuell aus der Obligation geschuldeten Betrag zahlen zu wollen. Daraus folgt, daß man bei uns nach Aufhebung der Stipulationsform bei der absoluten Formlosigkeit jeder Bürgschaft die beiden Begriffe gar nicht mehr

unterscheiden kann. Accessorische Uebernahme einer fremden Schuld ist für uns eben nichts anderes, als ein Versprechen, sie, d. h. ihren Betrag, eventuell zahlen zu wollen. Somit kann man bei uns nur unterscheiden, ob im einzelnen das Versprechen allgemein nach Art der fideiussio oder beschränkter nach Art des constitutum gegeben ist. Der Begriff ist dabei an sich derselbe und nur Einer. Auf die Ausdrücke kommt nichts an, der Wille entscheidet, die Ausdrücke können nur einen Anhalt zur Constatirung des Willens bieten.

Eine andere Verschiedenheit war noch, daß beim Constitute die Zahlung mit allerlei Modificationen in Ort, Zeit, Art, ja selbst im Gegenstande der Zahlung versprochen werden konnte, was bei der fideiussio unzulässig war. Dieser Unterschied kann bei uns noch weniger eine Scheidung der Begriffe begründen, da solche Modificationen auch mit der Idee der Uebernahme einer fremden Schuld ganz wohl vereinbar sind, und bei der fideiussio nur durch die hergebrachte Stipulation ausgeschlossen waren. Wir können daher heutzutage nur noch zwischen einfacher, beschränkter und modificirter Verbürgung unterscheiden. Dagegen darf man das nicht übersehen, daß der Begriff des Constituts fremder Schulden in dem der Bürgschaft keineswegs aufgeht, sondern alle Versprechen, eine fremde Schuld zu zahlen, umfaßt, also auch die, welche gar nicht zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers gemacht werden, sondern zu definitiver Verpflichtung neben dem Schuldner oder statt desselben. Solche Constitute sind natürlich von der Bürgschaft und ihren Grundsätzen, namentlich ihren Beschränkungen, ganz fern zu halten.

Etwas anders ist das Verhältniß der Bürgschaft zum Credit-Mandate (mandatum qualificatum), d. h. dem Auftrage an einen Andern, einem Dritten Geld zu leihen oder sonst zu creditiren. Nach römischem Rechte ist dieses von der Bürgschaft formell völlig geschieden, wenn auch der Sache und dem praktischen Resultate nach sehr ähnlich. Der Mandant haftet dem Mandatar, wenn der Dritte die Creditschuld nicht zahlt, aber er haftet ihm nicht nach dem Bürgschaftsprincipe wegen Uebernahme der Creditschuld des Dritten, sondern direct aus seinem Mandate nach dem Principe der Schadloshaltung des Mandatars; wenn er zahlt, zahlt er nicht die Creditschuld des Dritten, sondern nur seine eigene Mandatsschuld. Diesen Unterschied kann man nach heutigem Rechte nicht mehr so festhalten. Allerdings ist der Unterschied von Bürgschafts- und Mandatsprincip dem Begriffe nach bei uns noch ebenso, allein bei der absoluten Formlosigkeit der Bürgschaft nach heutigem Rechte kann man nicht nur mit dem Creditmandate stets eine ausdrückliche Bürgschaft durch den einfachen Beisatz: man bürge, hafte, stehe ein, übernehme die Gefahr u. s. w., verbinden, sondern es ist ganz von selber in dem Creditmandat eine Bürgschaft wesentlich implicite mit enthalten. Creditmandat ist ja nicht jede Veranlassung eines Andern zum Creditiren durch Rath, Bitte, Aufforderung, sondern nur die, die mit der Absicht geschieht, sich ihm dadurch rechtlich zu obligiren, d. h. ihm für die Unkosten einzustehen. Für die Unkosten einstehen, heißt aber beim Creditiren nichts anderes, als für die Rückzahlung des Creditirten, also für die fremde Schuld einstehen, d. h. ihre Zahlung versprechen, falls der Schuldner nicht zahle. Das ist aber eben die einfache Bürgschaft, von aller Form entblößt. Diese ist also mit jedem wirklichen verbindlichen und klagbaren Creditmandate nothwendig von selbst verbunden. Ob man sie noch ausdrücklich daneben ausspricht oder nicht, ist im Leben rein zufällig, und kann einen praktischen Unterschied nicht begründen. Durch diese Bürgschaftsschuld wird aber die Mandatsschuld, sofern sie auf Erstattung der Creditsumme geht, vollständig absorbirt. Zahlt der Mandant als Bürge, so tritt gar kein Schaden, den er als Mandant zu ersetzen hätte, ein, seine Zahlung ist daher aber auch stets als Zahlung der Creditschuld und nicht der Mandatsschuld anzusehen. Insofern ist also im heutigen Rechte zwischen

Bürgschaft und Creditmandat kein Unterschied mehr. Indessen ist es doch nicht richtig, wenn darum Windscheid das Creditmandat gar nicht mehr als Mandat, sondern als Garantievertrag und als eine „Form der Bürgschaft" bezeichnen will. Man muß im Creditmandate das Mandat und die Bürgschaft unterscheiden. Die letztere ist nicht eine besondere Form der Bürgschaft, sondern eine einfache Bürgschaft, allein das Mandat bleibt an sich neben der Bürgschaft bestehen, und dies ist nicht ohne praktische Folgen. Die mit dem Mandate ausdrücklich oder stillschweigend verbundene Bürgschaft ist immer eine Bürgschaft für eine zukünftige Schuld, und zwar eine, die erst durch das Mandat selber veranlaßt werden soll. Insofern ist die Bürgschaft hier vom Mandate abhängig. Wenn das Mandat gültig widerrufen ist, tritt auch die Bürgschaft nicht in Kraft, ebenso wenn das Mandat durch Tod einer der Parteien aufgehoben wird, und ferner, wenn das Creditiren nicht genau dem Mandate gemäß geschehen ist. (Daß die Bürgschaft erlischt, wenn der Credit eigenmächtig verlängert wird, ist bei der gewöhnlichen Bürgschaft nicht anders, sobald sie auf bestimmten Credit gerichtet ist.) Eben darum kann aber in solchen Fällen, namentlich beim Widerrufe, eine Pflicht zum Ersatze der etwa entstandenen Unkosten sehr wohl aus dem Mandate begründet werden. Vergebens hat sich Arndts bemüht, um den Unterschied von Bürgschaft und Creditmandat ganz zu beseitigen, diese Mandatsgrundsätze zu allgemeinen Bürgschaftsregeln zu machen.

Auch der accessorische Charakter der Bürgschaft ist etwas genauer zu bestimmen, als in der Regel geschieht. Man lehrt gewöhnlich, Bürgschaft könne als solche nicht ohne Hauptschuld sein, sie sei wesentlich accessorisch. Allerdings liegt es auch im Begriffe „bürgen", daß etwas sein muß, wofür man bürgt. Man kann sich nicht abstract verbürgen, sondern nur für eine Schuld oder Handlung, die dann die causa für das Versprechen bildet. Man kann der Bürgschaft nicht so wie der Hypothek den accessorischen Charakter abstreifen. Möglich ist zwar, eine Bürgschaft unter einem abstracten Versprechen, z. B. einem Wechsel, zu verstecken, allein dann tritt die Bürgschaft eben nicht als solche hervor. Wenn man indessen wesentlich eine Obligation, d. h. eine gültige Schuld, als Grundlage der Bürgschaft ansieht, so ist dies nicht ganz genau. Zunächst ist das Dasein einer gültigen Obligation jedenfalls nur für die Entstehung der Bürgschaft nothwendig, nicht auch für die Fortdauer. Die Bürgschaft ist in dieser Beziehung wie das Pfandrecht, das nach römischem Rechte zwar auch nicht ohne Hauptschuld entstehen, wohl aber nach Aufhebung der Obligation fortdauern kann. Aufhebung der Obligation durch Befriedigung des Gläubigers, und was ihr gleich steht, muß zwar stets auch die Bürgschaft wie das Pfandrecht aufheben, allein bei Aufhebung ohne Befriedigung kann die Obligation in der Bürgschaft wie im Pfandrechte fortdauern, auch ohne Naturalobligation. Beide können dem Gläubiger gerade auch gegen die Aufhebung der Obligation selber eine Sicherheit verschaffen sollen, so namentlich wenn eine Bürgschaft gerade mit Rücksicht auf eine zu fürchtende Aufhebung der Obligation, z. B. durch Verjährung oder Restitution, übernommen wird, oder wenn der Bürge die Aufhebung der Obligation selber verschuldet. Als Regel muß man indessen annehmen, daß wer sich für eine gültige Obligation verbürgt, auch nur haften will, sofern die Schuld bleibt, und muß daher die Aufhebung der Obligation auch mit auf die Bürgschaft erstrecken.

Aber auch bei der Entstehung der Bürgschaft ist eine gültige Hauptschuld nicht wesentlich. Allerdings heißt es, daß bei nichtigen Schulden, z. B. bei Versprechen von Kindern, Wahnsinnigen oder Verschwendern, auch die Bürgschaft, sowohl fidejussio als Constitut, nichtig sind, und ferner, daß die realen peremtorischen Einreden auch den Bürgen zustehen. Auch kann man nicht anführen, daß das Creditmandat in solchen Fällen gültig war, denn die Haftung trat hier nur aus dem Mandate und auf den Kostenersatz ein. Dagegen

ist bekanntlich die Verbürgung für schon verjährte Schulden nur beim Falle des Irrthums für ungültig erklärt. In der bewußten Verbürgung für eine verjährte Schuld wird also ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung gesehen. Dies muß natürlich auch für andere Einreden gelten, z. B. die des Zwanges, und es war somit Bürgschaft für eine effectiv ungültige Obligation wohl möglich. Wenn dies aber ist, so ist im heutigen Rechte kein Grund, die Bürgschaft nicht auch bei den eigentlich nichtigen Verträgen der oben genannten Art im Falle der Kenntniß für gültig zu erklären. Der römische Grund, daß die fideiussio ihrer Form nach, und das Constitut dem prätorischen Edicte nach, wesentlich eine wenigstens formell ipso iure gültige Obligation voraussetzten, fällt für uns weg. In der Sache selbst ist kein Unterschied. Daher ist auch über die Haftung des Bürgen in solchen Fällen an sich kein Zweifel, abgesehen nur von eigentlich verbotenen und unsittlichen Verträgen, wo in der Verbürgung eine Theilnahme liegen würde. Man sagt aber in jenen Fällen, der Bürge hafte dann eben nicht als Bürge, sondern als Hauptschuldner, so z. B. das preußische Landrecht. Allein in der Intention der Parteien übernimmt er doch immer Bürgschaft, und seine Haftung ist keineswegs eine selbstständige, sondern immer von dem wirklichen Dasein des betreffenden Verhältnisses und von der Nichtzahlung der Hauptperson abhängig. Daß er keine Excussion auf diese hat, versteht sich zwar von selbst, allein das ist bei den Naturalobligationen und noch mehr der verjährten Schuld ebenso. Es ist daher die Frage, ob man den Begriff der Bürgschaft für das heutige Recht nicht überhaupt weiter und etwas anders als im römischen Rechte fassen müsse, nämlich einfach dahin, daß man sich bei uns nicht für die Obligation als solche, sondern für die Leistung verbürgt. Bürgschaft ist das Versprechen, für eine Leistung, die von einem Andern rechtlich oder factisch erwartet wird, einzustehen, sie (oder ein Surrogat für sie) eventuell statt seiner zu leisten. Dem deutschen Worte „bürgen" liegt jedenfalls dieser Begriff zu Grunde, wie die Criminalbürgschaft zeigt.

Auf eine fremde Leistung muß sich die Bürgschaft stets beziehen, darum kann sie als solche auch nicht auf mehr als die Hauptleistung gehen. Indessen steht nichts im Wege, daß man für den Fall, daß die Hauptperson nicht leistet, selbstständig einen Zusatz als Schadensersatz, Conventionalstrafe, Schenkung, Wette, oder sonst wie verspricht.

Als Selbstschuldner sich verbürgen, ist eigentlich ein Widerspruch, eine accessorische Schuld, die principal ist. Der praktische Gedanke dabei ist aber richtig. Materiell will man sich eigentlich auch hier nur für fremde Schuld verbürgen und hofft, daß der Schuldner selber zahlen werde, formell aber verpflichtet man sich, wie wenn man selber Schuldner wäre, d. h. man abstrahirt von der causa der Verbürgung, und übernimmt die fremde Schuld, wie wenn man sie selber contrahirt hätte. Darin liegt nicht nur der Verzicht auf die Excussion, sondern ein Abschneiden der ganzen accessorischen Beziehung zum Hauptschuldner, so daß man auch dessen jetzige und spätere Einreden nicht benutzen kann. Es ist die Abstreifung des accessorischen Charakters der Bürgschaft, so weit dies möglich ist, ohne den Boden der Bürgschaft ganz zu verlassen. Correalschuldner wird man dadurch nicht, sondern nur einfacher Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner. Verpflichtet man sich als wirklicher Correalschuldner, also gemeinschaftlich mit dem Hauptschuldner, so hört die Beziehung zur Bürgschaft ganz auf. Sie kann zwar auch hier den eigentlichen materiellen Grund und Zweck der Verpflichtung bilden, allein da bei der Correalobligation der Grund, warum man ihr beitritt, überhaupt rechtlich nicht berücksichtigt wird, so kommt auch der Grund der Bürgschaft hier rechtlich nicht mehr zur Erscheinung. Dasselbe ist, wenn der Bürge statt sich zu verbürgen oder der Schuld beizutreten, sie geradezu ganz auf sich nimmt (Expromission), oder gleich von vornherein sie selber an Stelle des eigentlichen Schuldners contrahirt (Intervention). Auch hier kommt die Bürgschaft

als Grund der Verpflichtung rechtlich nicht in Betracht, doch wird ihr Zweck, wenn der eigentliche Schuldner für den Fall der Zahlung Ersatz verspricht, vollständig erreicht, während ihre Form vollständig umgangen wird. Darin liegt der Grund, daß wenn ein Gesetz die Verbürgung für gewisse Personen verbieten, oder sie gegen die Gefahren aus ihr schützen will, es nicht blos die eigentliche Bürgschaft, sondern auch alle die Geschäfte, wodurch sie umgangen werden kann, mit für ungültig oder unverbindlich erklären muß. Dies ist im römischen Recht bei den Weibern geschehen, und darum ist dem Begriffe der Bürgschaft hier der allgemeinere Begriff der Intercession, d. h. der Uebernahme einer fremden Obligation (intercedere alienae obligationi), substituirt, und diese für ungültig erklärt, sobald sie zum Zwecke der Bürgschaft geschieht.

Die weitere speciellere Ausführung über die Erfordernisse und Wirkungen der Bürgschaft, so wie über die Intercession der Weiber ist unten im alphabetischen Theile nachzusehen.

Besonderer Theil.

Einleitung. §. 70. In dem besonderen Theile des Obligationenrechts sind nicht alle einzelnen Obligationen, die überhaupt vorkommen können, darzustellen, sondern, da das ganze System nicht nach den abstracten Rechtskategorien sondern nach der organischen Gestaltung des Lebens geordnet ist, nur diejenigen, die zum allgemeinen abstracten Vermögensrechte gehören, die also auf dem allgemeinen Verhältnisse der abstracten Personen als solcher zu einander beruhen, mit Ausschluß derer, die auf den besonderen Familien-, Vormundschafts- und Erbverhältnissen beruhen, oder in den besonderen Gewerbeverhältnissen oder im öffentlichen Rechte begründet sind. Auch von jenen sind aber nur die, welche selbstständige einzelne Verhältnisse bilden, hier aufzuführen. Alle die, welche nur Modificationen der dinglichen Rechte sind, gehören ins Sachenrecht, alle die, welche nur Modificationen und Accessionen von andern selbstständigen Obligationen sind, sind bereits im allgemeinen Theile des Obligationenrechts dargestellt.

Auch die Obligationsverhältnisse, die hiernach hierher gehören, bilden, wie schon oben S. 321 bemerkt ist, kein eigentliches innerlich zusammenhängendes System, sondern nur eine Reihe von Verhältnissen, wie sie die Mannichfaltigkeit des Lebens gestaltet und stets neu gestalten kann. Nur die merkwürdig reichhaltige Entwickelung des römischen Lebens macht, daß die meisten heutigen Obligationenverhältnisse sich auch schon im römischen Rechte finden. Zwei Begriffe treten als beherrschend und maßgebend hervor: Vertrag und Delict; an sie schließen sich die meisten sonstigen Obligationen als vertrags- und delictsähnlich an, außerdem sind dann nur noch wenige. Auf diesen Rücksichten beruht die nachfolgende Ordnung, die jedoch nur eine Uebersicht geben soll und ihre specielle Ergänzung durch den alphabetischen Theil des ganzen Werkes bekommt.

I. Verträge.

§. 71. Was das natürliche System der Verträge sei, ist eine in der neueren Systematik viel besprochene Frage. Die neueren Gesetzbücher, das österreichische, französische, sächsische und der deutsche Entwurf haben die Frage, durch die unglücklichen Versuche des preußischen Landrechts und der Theorie abgeschreckt, ganz umgangen, indem sie die einzelnen Verträge einfach ohne weitere Sonderung in beliebiger Ordnung hinter einander gestellt haben. Für ein Gesetzbuch ist das auch wohl der ganz richtige Standpunkt.

Die Wissenschaft kann sich jedoch der Frage nach der inneren Gliederung der Verträge nicht wohl entschlagen.

Unbrauchbar für das heutige Recht ist die römische Eintheilung in contractus und pacta, mit der Unterabtheilung der ersteren in Verbal-, Litteral-, Real- und Consensualcontracte. Die beiden ersteren Contractsarten fallen bei uns ganz weg, zwischen Consensualcontracten und pacta ist aber gar kein begrifflicher Unterschied mehr. Soweit löst sich die ganze Eintheilung bei uns in die von Real- und Consensualverträgen auf, und daß dieser Unterschied bei uns nicht mehr begründet ist, ist bereits oben S. 325 besprochen.

Sieht man von bloßen Gruppirungen nach Aehnlichkeiten einzelner Verträge ab, so erscheinen als Eintheilungen nach allgemein durchgreifenden Principien folgende drei:

Zunächst die Eintheilung in ein- und gegenseitige Verträge mit der Unterabtheilung der letzteren in vollkommen und unvollkommen gegenseitige. Diese Eintheilung wird jedoch meistens sehr verunstaltet. Rein einseitig ist überhaupt nur das abstracte Versprechen und die Schenkung, und davon gehört natürlich das erstere überhaupt nicht in die Reihe der materiellen Verträge. Man hat daher die Rubrik dadurch ausfüllen zu müssen geglaubt, daß man das Darlehn und die dem Darlehn ähnlichen Obligationen ohne Vertrag, oder gar auch noch die unvollkommen gegenseitigen mit hierhergestellt hat. Allein die letzteren bilden eine besondere Gruppe, die quasicontractlichen Verhältnisse gehören gar nicht zu den Verträgen, und das Darlehn als rein einseitigen Vertrag aufzufassen, ist für das heutige Recht falsch. Allerdings kommt beim Gelddarlehn kaum eine andere Pflicht, als die des Empfängers auf Rückgabe, zur Erscheinung. Allein an sich steht das Darlehn als Leihvertrag auf gleicher Stufe mit dem Commodate, es ist nur der Unterschied, daß hier eine fungible dort eine nicht fungible Sache verliehen wird. Das Darlehn beruht bei uns wie das Commodat auf Consens und bona fides. Nicht die bloße res, das bloße Haben der empfangenen Sache, begründet bei beiden die Obligation, sondern die in der Hingabe realisirte Vereinbarung. Dies ist beim Commodat schon im römischen Rechte so. Nur sehr uneigentlich sagen die Römer bei Commodat und Depositum „re contrahitur obligatio". Die res ist nicht „der" Grund der Obligation, sondern nur ein Theil des Grundes. Wenn daher die Römer beim Commodat eine Verpflichtung des Commodanten und Haftung für culpa anerkennen, so muß dies im heutigen Rechte beim Darlehn gerade ebenso sein, und kann z. B. beim Getreidedarlehn, wenn man verdorbenes oder gar vergiftetes Getreide hergäbe, praktisch sehr bedeutsam hervortreten. Dies ist auch längst bei uns anerkannt, und wenn man es so oft nicht beachtet, so ist dies wohl nur, weil man im Systeme gern einen einseitigen Vertrag weiter haben möchte, und sich darum gern in den „Banden des römischen Rechts" halten läßt. Die Eintheilung der Verträge nach Ein- und Gegenseitigkeit ist daher folgende:

1) einseitige: Schenkung;
2) unvollkommen gegenseitige: mutuum, commodatum, depositum, mandatum;
3) vollkommen gegenseitige: alle übrigen.

Eine andere Eintheilung ist die nach dem factischen Gegenstande der Verträge. Die Römer unterscheiden dare und facere. Dies entspricht nicht unserem Geben und Thun. Dare ist nur Uebertragung von Eigenthum und Servituten, alles übrige ist facere, also auch das tradere, restituere u. s. w. Der ganze Unterschied bezieht sich bei den Römern eigentlich nur auf die Stipulationen und die Klagen. Ein System der Verträge läßt sich nicht darauf bauen. Das heutige Recht versteht unter Thun nur persönliche Dienstleistungen, körperliche und geistige, unter Geben jedes Hingeben von Sachen, sei es zum Behalten oder nur zum Gebrauchen. Man spricht zwar auch von Hingeben zur Aufbewahrung oder als Pfand, indessen ist bei ersterem das Aufbewahren der eigentliche

Inhalt der Obligation, und letzteres ist bei uns Einräumung des dinglichen Pfandrechtes mit dem bloßen Nebenvertrage des Besitzens. Danach ergibt sich folgende Eintheilung der Verträge:

1) Auf Dienstleistungen: Mandat, Dienstmiethe, Depositum, Trödelvertrag; dazu würden bei uns noch Commissions- und Mäklervertrag, Verlagsvertrag und ähnliche kommen.

2) Auf Gebrauchsverstattung: Commodat, Sachenmiethe, Darlehn, Zinsleihe, Precarium und ähnliche.

3) Auf Veräußerung: Schenkung, Spiel, Kauf, Tausch, Vergleich und ähnliche.

4) Die Societät muß von diesen drei Klassen noch getrennt aufgeführt werden, weil sie einen allgemeinen, alles umfassenden Charakter hat. Sie kann ebenso wohl auf Beiträge als auf Handlungen und auf beides zusammen gehen, und bei den Beiträgen ebenso wohl zum gemeinschaftlichen Gebrauche als zum gemeinschaftlichen Haben. Ueberhaupt hat die ganze Eintheilung der Verträge nach ihrem Gegenstande insofern etwas Schwankendes und Unbefriedigendes, als das Geben und Thun bei vielen Verträgen vereinigt ist, und namentlich einander gegenüber steht, wie z. B. beim Verlagsvertrage, und eigentlich bei allen Verträgen auf bezahlten Dienstleistungen.

Eine dritte Eintheilung der Verträge ist nach ihrer rechtlichen Bedeutung für das Vermögen der Parteien. Alle Verträge haben zum wesentlichen Zwecke Zuwendung von vermögensrechtlichen Vortheilen irgend einer Art unter den Contrahenten, ein- oder gegenseitig. Indessen können diese Zuwendungen einen sehr verschiedenen Charakter haben. Manche, ja die meisten, enthalten eine Aufopferung für das Vermögen, sei es durch Veräußerung von Rechten oder durch feste persönliche Verpflichtung, und sei es mit oder ohne Gegenleistung, so bei Schenkung, Spiel, Kauf, Miethe. Andere bringen dagegen zwar dem Empfänger einen Vortheil, aber dem Geber keinen eigentlichen Nachtheil, kein eigentliches Opfer, so bei Commodat, Depositum, Mandat. Neben beiden stehen die Leistungen bei den Gesellschaftsverträgen, sie sind Aufopferungen an Geld oder Kräften, aber keine Opfer an den Andern, sondern Opfer an einen gemeinsamen Zweck, der Jedem nur Gewinn, sei es an Genuß oder Geld, bringen soll. Damit sind folgende weitere praktische Scheidungen und Gesichtspunkte verbunden:

1) Verträge ohne Aufopferung. Die hierher gehörigen Verträge sind vollständig: Mandat, Depositum, Commodat nebst Precarium und das unverzinsliche Darlehn. Das Eigenthümliche bei ihnen ist, daß sie in der Regel unentgeltliche Zuwendungen enthalten, meistens nur Gefälligkeiten, daß sie aber eben darum auch in der Regel frei, oder wenigstens fast frei, widerruflich sind, eben weil sie sonst in wirkliche Aufopferung übergehen würden. Dies bleibt auch, wenn eine Bezahlung ausgemacht ist, und zwar ist diese dann vom Widerruf abhängig. Darin liegt der Unterschied von der Miethe. Bekanntlich streitet man, warum Mandat und Depositum durch Versprechen einer Bezahlung nicht in Miethe übergehen, und worin der Unterschied liege. Er liegt nur darin, daß bei Miethe feste gegenseitige Verpflichtung ist, von der Keiner zurück kann; man kann zwar die wirkliche Ausführung der Dienste erlassen selbst verbieten, aber zahlen muß man doch. Ein Mandat kann man trotz versprochener Zahlung widerrufen und braucht dann auch nicht zu zahlen.

2) Verträge mit Aufopferung. Hier unterscheiden sich zunächst die rein einseitige und die vollkommen gegenseitige Aufopferung, Schenkung und Tausch, d. h. aller Austausch von Leistungen. Bei der Schenkung ist die causa der eigenen Leistung oder Verpflichtung lediglich Liberalität, beim Tausche ist es die Gegenverpflichtung. Zwischen beiden steht das Spiel. Es ist im Eingange zweiseitig wie der Tausch, im Ausgange

einseitig wie die Schenkung, d. h. Jeder muß sich verpflichten, wie beim Tausche, aber nur Einer soll wirklich leisten, also Einer verlieren Einer gewinnen, wie bei der Schenkung, und der Zufall soll entscheiden, wer verliert und wer gewinnt. Die causa der Verpflichtung ist also für jeden die Hoffnung und Möglichkeit des Gewinns. Dem Spiele parallel stehen alle anderen gewagten Geschäfte, daher namentlich auch alle Versicherungsverträge.

Schenkung, Spiel und Tausch sind die drei Arten, wie man vertragsmäßig seine Sachen und Rechte veräußert, sie bilden daher die causae der Veräußerungen. Was der Gegenstand ist, ob Sachen oder Rechte, und diese translativ, constitutiv oder remissiv, oder ob Handlungen und Dienste, ist bei allen drei Verträgen gleichgültig. Ebenso ob man gleich leistet oder erst verspricht. Es ist begrifflos, bei der Schenkung obligare, dare, liberare einfach coordiniren zu wollen. Ebenso grundlos ist, weil man den Zweck der Schenkung, einen Andern zu bereichern, auch ohne Vertrag, d. h. ohne Schenkung, erreichen kann, z. B. wenn man heimlich seine Schulden zahlt oder seine Sachen verbessert, darum die Schenkung von den Verträgen ausscheiden zu wollen, wie Savigny that. Schenkung und Spiel stehen dem Tausche übrigens dadurch entgegen, daß sie beide auf einseitige Verarmung gehen, während beim Tausche die Aufopferung wenigstens dem Principe nach durch die Gegenleistung wieder aufgewogen wird. Es beruht darauf, daß für Schenkung und Spiel eine Menge gesetzlicher Beschränkungen sind, von denen beim Tausche keine Rede ist, und zwar beim Spiele noch mehr als bei der Schenkung, weil die causa des Spiels, die Hoffnung auf Gewinn, mehr und allgemeiner geeignet ist blinde Leidenschaft aufzuregen, als die causa der Schenkung, die Liberalität.

Der Tausch umfaßt im allgemeinen alle Verträge auf gegenseitigen Austausch von Leistungen. Im einzelnen kann man unterscheiden Austausch der Dinge gegen ihren Geldwerth und gegen andere Dinge. Das erstere ist Kauf und Miethe (Sachen- und Dienstmiethe), das letztere der Tausch im engern Sinne und alle übrigen derartigen Verträge, sowohl die, welche besondere Namen haben, wie Zinsdarlehn, Trödelvertrag, Verlagsvertrag, auch Vergleich, Compromiß u. a., als alle die, die mehr nur vereinzelt vorkommen und daher im Leben keinen allgemeinen Namen erlangt haben, s. g. Innominatcontracte, wie z. B. der Institutionenfall von den zwei Bauern, die mit einander abwechselnden gegenseitigen Gebrauch ihrer beiden Ochsen ausmachten. Die Römer führen sie auf die vier Hauptkategorien zurück: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

3) Gesellschaftsverträge. Dies sind alle Verträge auf Begründung einer Gemeinschaft von vermögensrechtlichen Verhältnissen unter den Contrahenten. Das Eigenthümliche dabei ist, daß die Parteien sich zwar zu gegenseitigen Leistungen von Sachen oder Handlungen verpflichten, aber nicht wie beim Tausche mit entgegengesetzten Interessen und Zwecken, sondern zu gemeinsamen. Es soll ein gemeinsamer Erfolg erreicht werden, wovon Alle Vortheile haben. Jeder behält daher eigentlich das, was er gibt, doch wieder ebenso für sich zurück. Daraus folgt, daß der Vertrag hier nicht blos unter zwei, sondern unter beliebig viel Personen geschlossen werden und alle andern Verträge zum Zwecke haben kann, und daß bei größeren Gesellschaften der gemeinsame Zweck eine selbstständige über allen Einzelnen stehende Vertretung erhalten kann, durch die dann die Beziehungen der Einzelnen zu einander vermittelt werden.

Im einzelnen kann die Gesellschaft nach Zweck, Umfang und Form sehr verschieden sein. Der Hauptunterschied ist zwischen der einfachen und der Erwerbsgesellschaft, d. h. ob sie nur auf gemeinschaftliches Haben und Genießen einzelner oder mehrerer Sachen oder des ganzen Vermögens geht, oder auf gemeinschaftliches Erwerben und Verdienen, entweder durch einzelne Geschäfte oder ganze Geschäftszweige oder die gesammte Erwerbs-

thätigkeit. Die Erwerbsgesellschaften sind namentlich im heutigen Handelsrechte weiter ausgebildet, mit Verschiedenheit der persönlichen Stellung der einzelnen Mitglieder; es beruhen darauf die Unterschiede von offener, stiller, Commandit= und Actiengesellschaft. Im römischen Recht kommen diese Gesellschaften noch nicht vor, es hat nur die offene.

4) Versprechen ohne Angabe des Grundes. Das System der Verträge würde nicht richtig sein können, wenn der Wechsel und andere abstract, d. h. ohne Angabe der concreten materiellen causa, gegebene Versprechen keinen Platz darin fänden. Indessen versteht sich, daß solche Verträge nicht einfach coordinirt in der Reihe der materiellen Verträge ihren Platz haben können, sondern daß sie in bestimmtem Gegensatze ihnen allen gegenüber stehen müssen, wie sie ja thatsächlich ihren Stoff und Grund aus allen jenen Verträgen entnehmen können und meistens wirklich entnehmen. Im römischen Rechte würde hierher die Stipulation zu stellen sein, im heutigen gehört der Wechsel hierher und alle anderen von ihrer causa getrennten Versprechen.

II. Delicte.

§. 72. Die Obligationen aus Delicten nehmen im heutigen Rechte eine bedeutend einfachere Gestalt an, als im römischen. Im römischen Rechte wurde das ganze Gebiet der Privatdelicte von dem Systeme der Privatstrafen beherrscht, die zum Theil mit dem Schadensersatze enge verbunden waren, und durch eine Menge besonderer Strafbestimmungen eine Reihe von Unterschieden und Kategorien hervorriefen, die wegfallen, sobald es sich um den einfachen Schadensersatz handelt. Ob eine Beschädigung z. B. mit oder ohne Complott verübt ist, an Begräbnissen oder andern Sachen, kann für die Strafe maßgebend sein, der Ersatz des Schadens und die Pflicht dazu muß dieselbe sein. Das heutige Recht hat nun von den römischen Privatstrafen, wenigstens soweit sie selbstständige Obligationen begründen, nur noch eine, die ästimatorische Injurienstrafe. Auch diese wird aber ihres rein strafrechtlichen Charakters wegen aus den Darstellungen des Privatrechts mit Recht in der Regel ausgewiesen. Die allgemeine privatrechtliche Folge der Delicte ist daher nur Schadensersatz; nur tritt bei den Delicten, die in Entziehung von Sachen oder Rechten bestehen, auch ein Anspruch auf Rückgabe und Wiederherstellung, soweit sie factisch möglich sind, ein.

Demnach können die einzelnen Delicte nur nach der Art, wie ein Schaden zugefügt wird, unterschieden werden. Man könnte zwar fragen, ob diese Scheidung nothwendig, ob man nicht mit einer allgemeinen Klage wegen widerrechtlicher Schadenszufügung aller und jeder Art ausreichen könnte. Im preußischen Rechte ist dies in gewisser Weise geschehen. Indessen ist der Begriff der widerrechtlichen und culposen Schadenszufügung doch ein so weitgreifender, daß eine gewisse Specialisirung sich keinenfalls ganz entbehren läßt; im römischen Rechte aber, welches nirgend von Abstractionen, sondern überall von concreten praktischen Verhältnissen des Lebens ausging, findet sich ein so allgemeiner Rechtssatz und eine so abstracte Klage überhaupt gar nicht. Man hat sie zwar früher oft in der Lex Aquilia und ihren Erweiterungen finden wollen. Allein die Lex Aquilia selbst war ganz speciell nur auf Tödten, Verwunden, Zerbrechen, Zerreißen und Verbrennen gestellt, und auch alle späteren Ausdehnungen blieben doch immer auf Schadenszufügung durch mechanische Thätigkeit und Einwirkung auf Sachen beschränkt. Auf Schadenszufügung durch Vermittelung von Rechtsverhältnissen, Processen u. dgl. ist sie nie ausgedehnt, für diese sind nur specielle besondere Bestimmungen da, die aber nicht vollständig alle möglichen Fälle umfassen. Nur für alle absichtlichen dolosen Schadenszufügungen ist eine allgemeine Bestimmung gegeben. Hier ist für alle Fälle, die unter keine besondere

Bestimmung fallen, für die also keine besondere Klage da ist, eine ganz allgemeine Aushülfsklage, die actio doli, aufgestellt. Diese muß wesentlich in dieser Allgemeinheit aufgefaßt werden, man darf sie nicht auf Betrug, betrügliche Entziehung u. dergl. beschränken, sie umfaßt vielmehr alles und jedes dolose Unrecht, wofür keine besondere Klage ist. Im einzelnen sind aber folgende Arten widerrechtlicher Schadenszufügungen zu unterscheiden:

1) die durch unmittelbare Einwirkung auf fremdes Eigenthum. Hierher gehören:

a) nach der Lex Aquilia alle Verwundungen und Tödtungen von Thieren, Beschädigungen und Zerstörungen von Sachen, Entziehung von Thieren und Sachen ohne Aneignung;

b) alle Aneignungen durch Diebstahl, Raub, Dejection;

c) alle Gewalt und Eigenmacht in Beziehung auf Anlagen und Vorrichtungen an Grundstücken (interdictum quod vi aut clam, operis novi nuntiatio, Interdicte bei res publicae).

2) Gewalt und Zwang gegen die Person. Dabei unterscheiden sich:

a) unmittelbare Gewalt durch Verwundung, Tödtung, Entziehung der Freiheit, Verhinderung von Handlungen;

b) mittelbarer Zwang durch Drohungen und Erpressungen (actio metus und calumniae, condictio ex injusta und turpi causa).

3) Beredung, Verführung, Täuschung, Verleumdung (Vertragsklagen und actio doli).

4) Betrügliche Veräußerungen zum Nachtheile der Gläubiger (actio Pauliana).

5) Verletzung besonderer Amtspflichten bei Richtern, Beamten, Sachverständigen (iudex qui litem suam facit).

III. Vertragsähnliche Obligationen.

§. 73. Es gibt eine Reihe von Verhältnissen, wo factisch die materiellen Elemente eines Vertrages vorhanden sein können, ohne daß eine Willensvereinigung stattgefunden hat, und wo daher die Billigkeit fordert, daß ohne Vertrag doch wie aus dem Vertrage eine Verpflichtung eintritt. Die Verhältnisse sind Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft ohne Societät, grundlose Bereicherung wie aus Darlehn. Die Römer nennen diese Fälle obligationes quasi ex contractu, sie bezeichnen damit zugleich den praktischen Grund der Obligation und das rechtliche Princip ihrer Behandlung, und es ist daher sehr unverständig, wenn man bei uns geglaubt hat, die Fälle wissenschaftlicher als Obligationen aus einseitigen Handlungen, Zuständen u. dgl. zu bezeichnen, wobei der eigentliche Rechtsgrund völlig verschleiert bleibt.

1) Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag stellen die Römer die einfach private und freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten und die durch Vormünder und Beamte zusammen, doch haben die letzteren insofern einen anderen Charakter, als Vormünder und Beamte durch Gesetz oder den Staat beauftragt werden und feste Normen für ihre Amtsführung haben. Das eigentliche freie Vertragsprincip kommt nur bei der einfachen negotiorum gestio zur Erscheinung, wo der gestor sich gewissermaßen selbst in die Seele des Abwesenden hinein den Auftrag gibt, und wo daher die Nützlichkeit der Geschäftsführung nicht nach objectiven Principien zu bemessen ist, sondern lediglich nach den concret subjectiven, vielleicht sehr individuellen und zufälligen, Interessen des Abwesen=

den. Der Eingriff in fremde Geschäfte hat wesentlich stets etwas Riskirtes, und darf gar nicht objectiv bemessen werden, was gewöhnlich übersehen wird.

2) Die Gemeinschaft ohne Societät entsteht hauptsächlich bei gemeinschaftlichen Erbschaften, Legaten, Schenkungen, Confusion, Grenzverwirrung u. dgl. Sie begründet dann die Rechte auf gemeinschaftlichen Gebrauch und Genuß, Theilung der Früchte und Theilung der Sache selbst, worauf die s. g. Theilungsklagen gehen.

Ein besonderer, wichtiger, aber stets verkannter Fall ist noch die gemeinschaftliche Seegefahr und die daraus entstehende Pflicht der gemeinschaftlichen Tragung der s. g. großen Haverei. Die Romanisten stellen die Lex Rhodia de iactu meistens unter den Gesichtspunkt der Miethe, weil die Sache bei gemietheten Schiffen gelegentlich der Miethklagen erledigt werden kann. Dies ist aber ganz äußerlich und zufällig. Das Princip selber wird dadurch nicht berührt. Dies ist vielmehr, wie die Römer sagen, daß das commune periculum ein commune detrimentum und damit ein consortium collationis begründe oder, wie ganz gleich das deutsche Handelsgesetzbuch sagt, daß bei „gemeinsamer Gefahr" alle Schäden, die zur Rettung nothwendig werden, „gemeinschaftlich getragen werden" müssen.

3) Grundlose Bereicherung tritt beim Darlehn stets ein, sobald es gekündigt ist und doch nicht zurückgezahlt wird. Die causa mutui, die bis dahin die Bereicherung durch die Geldzahlung begründete, fällt dann weg und es tritt daher ein habere sine causa ein. Von diesem Standpunkte aus, sagen die Römer, muß man jede Geldzahlung und weiter auch jede andere Vermögenszuwendung an einen Andern auffassen, die aus einer bestimmten causa geschieht, welche sich hinterher als irrthümlich, nicht erfolgend oder ungültig herausstellt. Ueberall tritt ein habere sine iusta causa ein, wie beim Darlehn nach der Kündigung, und darum auch eine condictio eius quod sine iusta causa datum est oder kurz eine condictio sine causa. Vom Geben ist das Princip dann weiter auch auf die Fälle ausgedehnt, wenn Jemand eigenmächtig, also auch sine causa, fremdes Geld oder andere Sachen hinnimmt und sich dadurch selber bereichert, oder fremdes Geld oder andere Sachen, die er ohne Eigenthum in Detention hat, consumirt und sich so um ihren Werth oder wenigstens ihren Genuß bereichert.

Wesentlich ist stets die Bereicherung und der Mangel der causa.

a) Eine Bereicherung ist nicht schon das einfache factische Haben, sondern nur der Uebergang in das Vermögen, also wenn man entweder das Eigenthum der Sachen bekommen oder sie consumirt hat. So lange der Verlierende vindiciren kann, ist er rechtlich nicht ärmer und der Andere nicht reicher. So lange Vindication, so lange keine Condiction. Nur um den Besitz als solchen kann man auch ohne Eigenthum und Consumtion bereichert sein, und darum ist dann insofern wenigstens eine condictio possessionis möglich.

b) Mangel einer causa ist nach der feinen römischen Scheidung und Ordnung:

α) bei causa futura, wenn die causa nicht eintritt oder für den Empfänger schimpflich ist (cond. causa data causa non secuta und cond. ob turpem causam);

β) bei causa praeterita, wenn die causa rechtlich ungültig ist oder eine irrthümlich angenommene Schuld war (cond. ex iniusta causa und cond. indebiti);

γ) bei causa nulla, wenn gar keine causa da war oder nur Eigenmacht und Consumtion (cond. sine causa und cond. furtiva).

Dagegen ist es aber nie eine grundlose Bereicherung, wenn Jemand etwas aus einem gültigen Vertrage bekommt, bei gegenseitigen Verträgen auch dann nicht, wenn er seine Gegenpflicht nicht leistet oder gar durch Zufall davon ganz frei wird. Wegen Nichterfüllung der Gegenpflicht kann daher nie das Gegebene condicirt werden, sondern nur auf Erfül-

lung oder Schadensersatz, oder gar nicht, geklagt werden. Der Grund ist, weil nach dem Consensualprincipe die causa der eigenen Pflicht und Leistung nicht die wirkliche reale Leistung des Andern ist, sondern schon seine Verpflichtung zu derselben. Auch relativ ist keine grundlose Bereicherung, wenn man die Sache mit causa von Jemand bekommt, der sie selbst ohne causa hat, z. B. wenn der Dieb das gestohlene Geld verschenkt und der Beschenkte es bona fide consumirt. Die bloße bona fides und Putativtitel genügen dagegen nicht.

Das Princip der grundlosen Bereicherung läßt auch eine gewisse Erweiterung und Ausdehnung auf solche Fälle zu, wo zwar eine formell gültige causa da ist, aber dieselbe in den materiellen Rechtsverhältnissen keinen rechtfertigenden Grund hat, so namentlich bei dem Erwerbe des Eigenthums durch Specification, Accession, Alluvion, Avulsion, und wenn Stellvertreter irgend einer Art oder unbeauftragte Geschäftsführer den Herrn durch nützliche Verwendungen in sein Vermögen bereichern. Der Standpunkt der Condictionen paßt hier nicht unmittelbar, doch muß man andere Klagen (in factum, de in rem verso) zulassen, wenn auch die Grenze im römischen Rechte zweifelhaft ist.

IV. Delictsähnliche Obligationen.

§. 74. Die Römer bezeichnen als obligatio quasi ex delicto die Schadensersatzpflicht des Richters wegen parteiischen Urtheils, und die Haftung des Hausbewohners und des Gastwirthes für fremde culpa in den oben S. 329 genannten Fällen. Die erste muß bei uns als wirkliche Delictsschuld aufgefaßt werden, die letztere ist eigentlich nur eine subjective Modification wirklicher Delictsobligationen, doch legen die Römer dabei die Idee einer gewissen eigenen Verschuldung mit zu Grunde.

Als weitere Fälle delictsähnlicher Obligationen müssen dann noch bezeichnet werden die Haftung für den Schaden, den Thiere anrichten, und für den Schaden durch leblose Sachen nebst der Abwendung drohenden Schadens durch cautio damni infecti mit ihren Folgen (oben S. 329 und 330), und endlich die Klage wegen eigenmächtiger Veränderung des natürlichen Wasserlaufs.

V. Sonstige Obligationen.

§. 75. Durch die bisher aufgeführten Obligationen ist das Gebiet der möglichen vermögensrechtlichen Verpflichtungen nicht erschöpft. Abgesehen von den Verpflichtungen, die accessorisch in den Verhältnissen der anderen Rechtsgebiete vorkommen, können durch Recht und Gesetz auch anderweitige selbstständige Obligationen entweder aus Billigkeitsgründen im Leben anerkannt, oder aus Zweckmäßigkeitsgründen auferlegt werden. Es sind hier aus dem römischen Rechte noch folgende drei Obligationen aufzuführen.

1) Die Exhibitionspflicht, die eine sehr weit verbreitete Anwendung hat, und in mehrfacher Steigerung vorkommt. Sie besteht zunächst nur in der Pflicht, eine Sache, die man im factischen Besitze hat, einem Andern, behufs der Recognoscirung zu rechtlichen Zwecken, zu zeigen. Bei Urkunden dehnt sich dies Zeigen auch auf das Lesen und Abschreiben aus. Stellt sich nach geschehener Recognoscirung heraus, daß der Besitzer den Besitz gar nicht für sich in Anspruch nimmt, wie bei zugelaufenen Thieren, zugeschwemmten Sachen, gestohlenen Sachen u. s. w., so dehnt sich das Zeigen zur Duldung der Wegnahme aus, und ist die Sache durch Accession mit andern verbunden oder vergraben, so umfaßt die actio ad exhibendum sogar auch die Trennung und Ausgrabung.

2) Die Beerdigungspflicht. Diese haftet zunächst auf dem eigenen Vermögen des Verstorbenen und trifft insofern die Erben. Außerdem hat das römische Recht sie nur

angenommen beim Vater für seine Kinder in der Gewalt, weil er durch sie erwirbt, und für den Ehemann, „ne iniuria videatur, uxorem insepultam relinqui.“ Säumt der Pflichtige mit der Beerdigung, so kann sie Jedermann besorgen und vom Pflichtigen mit der actio funeraria die Kosten ersetzt verlangen.

3) Die Alimentationspflicht. Diese existirt nach römischem Rechte als selbstständige Pflicht, d. h. abgesehen von Verträgen und Legaten, nur für eheliche Ascendenten und Descendenten gegenseitig, und außerdem für den unehelichen Vater beim Concubinate. Im heutigen Rechte ist sie auf alle unehelichen Kinder ausgedehnt.

C. Das Familienrecht.

Einleitung. §. 76. Es ist schon oben S. 254 bei der allgemeinen Begründung des Systems ausgeführt, daß die drei Rechtsgebiete des Familien-, Vormundschafts- und Erbrechts ihre Grundlage im Gattungsleben der Menschen haben, im Gegensatze zu dem Begriffe der abstracten Persönlichkeit, auf dem das allgemeine Vermögensrecht beruht. Das Familienrecht geht aus dem Geschlechtsleben des Menschen hervor, d. h. aus der Differenz und Vereinigung der Geschlechter und der Zeugung und Abstammung. Auf dem ersteren beruht die Ehe, auf dem letzteren das Verhältniß der Aeltern und Kinder und der weiteren Verwandten. Die unmittelbare geschlechtliche Verbindung der Ehegatten und der Erzeuger und Erzeugten begründet auch unmittelbare selbstständige Rechtsverhältnisse. Die nur mittelbare Verbindung der gemeinsam Abstammenden führt zu keiner unmittelbaren Rechtsgestaltung, sondern hat ihre Wirksamkeit nur mittelbar darin, daß die Familie das Mittelglied ist, wodurch der Einzelne mit der Gattung in Verbindung steht, und daß daher da, wo das Verhältniß des Einzelnen zur Gattung hervortritt, bei der Vormundschaft und beim Erbrechte, die Gattung zunächst durch die Familie (weiter dann durch den Staat) vertreten wird.

In welchem Verhältnisse die physische Seite des Geschlechts- und Gattungslebens zu seiner sittlichen und rechtlichen Seite stehe, ist viel bestritten. Früher sah man die physische Seite als den eigentlichen Stoff an, der durch das Recht nach allerlei Zweckmäßigkeitsrücksichten geordnet würde. Die neuere Theorie legt das Hauptgewicht auf die sittliche Seite: Ehe und Familie seien sittliche Begriffe, zu denen das Recht nur hinzutrete, um einzelne äußere Beziehungen zu ordnen. Beide Anschauungen zerreißen den inneren organischen Zusammenhang der Verhältnisse. Wenn Recht und Sittlichkeit überhaupt die Aufgabe haben, das Leben des Menschen seinem Wesen gemäß zu gestalten, so kann auch in den Geschlechts- und Gattungsverhältnissen nur ihr eigenes Wesen selbst die Quelle für ihre sittliche und rechtliche Gestaltung bilden. Die Römer sagen, die Geschlechtsverbindung und Kindererzeugung seien ein „ius, quod natura omnia animalia docuit“. Das ist natürlich so unmittelbar nicht zu gebrauchen, aber es liegt der richtige Gedanke darin, daß diese Verhältnisse in der Natur selbst, im Wesen der Dinge, das Princip ihrer Gestaltung haben. Das Geschlechtsleben des Menschen ist der Punkt, wo sein sittliches Leben mit seinem Naturleben am unmittelbarsten in Verbindung steht, wo das Sinnliche sich zu der idealsten Vergeistigung erhebt, und umgekehrt das reinste Ideal in sinnliche Verkörperung übergeht. Die Einheit des natürlichen, sittlichen und rechtlichen Gesetzes tritt daher hier am unmittelbarsten hervor. Sie ruht in dem allgemeinen Satze, daß das Wesen der Dinge das Gesetz ihrer Erscheinung ist. In den äußeren Naturdingen vollzieht sich das Wesen mit absoluter Naturnothwendigkeit, im Thiere durch den thierischen Instinct, im Menschen durch seine eigene freie That. Der Mensch bringt sich sein Wesen zum Bewußtsein und hat es danach mit Freiheit auszuführen. Bei ihm wird das Natur-

gesetz zum Sitten- und Rechtsgesetze. Darin liegt es, daß die physischen Verhältnisse ihr sittliches Gebot in sich selber tragen und damit zugleich auch weiter das Princip für die rechtliche Ordnung ihrer äußeren Erscheinung. Nur in engster Verbindung mit einander können deshalb alle drei Elemente verstanden und gewürdigt werden.

I. Die Ehe.

§. 77. Die Ehe hat ihren Ausgang in der Differenz der Geschlechter. Diese ist nicht blos eine körperliche, sondern durchdringt das ganze Wesen des Menschen. Mann und Weib sind in Anlagen, Fähigkeiten und Charakter, und darum auch in Lebensaufgabe und Bestimmung, verschieden. Das Wesen des Menschen offenbart sich eben nicht in abstracter Einheit, sondern nur in der einseitigen Geschiedenheit der beiden Geschlechter. Darum hat jedes derselben den Mangel der Einseitigkeit in sich, und damit zugleich auch das Bedürfniß und die Bestimmung, ihn durch die Vereinigung mit dem anderen Geschlechte zu ergänzen und aufzuheben. Die Verbindung aber, die diesen Grund und Zweck hat, kann keine blos körperliche, oder sonst auf einzelne Beziehungen und Zwecke beschränkte, sein, sondern muß das ganze Wesen des Menschen, sein inneres und äußeres Dasein und Leben umfassen. Diese vollständige Wesens- und Lebensvereinigung der Geschlechter zur Ergänzung ihrer geschlechtlichen Einseitigkeit ist die Ehe. Sie umfaßt gleichmäßig die äußere körperliche Geschlechtsverbindung, und damit die Erzeugung und Erziehung von Kindern, und das innere geistige, gemüthliche und sittliche Zusammenleben, und durch beide Seiten zusammen wieder die Gemeinschaft des gesammten äußeren Lebens und die gegenseitige Unterstützung darin. Was von dem allen im einzelnen Falle factisch die meiste Bedeutung gewinnt, hängt vom Zufalle und den Lebensschicksalen ab, für den Begriff als solchen ist es gleichgültig. Man fragte und stritt früher darüber, was der Zweck oder wenigstens der wesentliche oder Hauptzweck der Ehe sei, und setzte ihn in die eine oder andere der genannten Beziehungen; gegenwärtig braucht diese Frage nur als eine veraltete angeführt zu werden.

Daß etwas, was so die ganze Natur des Menschen nach allen Seiten ergreift, auch für die äußere Betrachtung und Behandlung einen vielseitigen Charakter bietet, ist nicht anders möglich; die Ehe hat ihre physische und physiologische, psychische und anthropologische, sittliche, religiöse und rechtliche Seite. Alle sind aber untrennbare Elemente Eines Begriffes und stehen in enger organischer Verbindung. Auch die rechtliche Seite der Ehe hat die anderen zur wesentlichen Voraussetzung; man kann auch nicht einen einzigen Satz des Eherechts wissenschaftlich bestimmen, ohne daß die übrigen Seiten der Ehe dabei zu Grunde liegen. Die rechtliche Natur der Ehe beruht keineswegs blos darauf, daß die äußere Gemeinschaft der Gatten überhaupt eine rechtliche Ordnung haben muß, denn die könnte sie auch durch Vertrag bekommen, sondern wesentlich darauf, daß das äußere Dasein der Ehe eine ihrem inneren Wesen entsprechende rechtliche Gestalt bekomme. Das Wesen der Ehe, also das Verhältniß der Geschlechter, muß den Inhalt des Eherechts bestimmen (historisch natürlich in der concreten Auffassung eines jeden einzelnen Volkes). Die dem Wesen der Ehe entsprechende Gestalt derselben ist zugleich die sittliche; insofern kann man auch sagen, das Princip des Eherechts sei, daß die sittliche Natur der Ehe zur rechtlichen Nothwendigkeit werde, insoweit als überhaupt die Aeußerlichkeit als solche, abgesehen von der sittlichen Gesinnung, einen Werth und eine Bedeutung hat, und daher rechtliche Nothwendigkeit und rechtlichen Zwang zuläßt.

Danach ist auch das vielbesprochene Verhältniß der Ehe zum Vertrage zu bestimmen. Die Ehe ist kein Vertrag, aber sie wird durch Vertrag eingegangen. Vertrag ist Will-

kür, Willkür in der Eingehung, im Inhalte, in der Aufhebung. Im Begriffe der Ehe ist nirgend Willkür. Der eigentlich natürliche und sittliche Grund der Ehe ist die Liebe, und Liebe ist nicht Willkür sondern innere Nothwendigkeit, das Gefühl der concreten geschlechtlichen Relation und des individuellen Bestimmtseins zur gegenseitigen Ergänzung. Das Gefühl kann zwar nur durch beiderseitigen freien Entschluß zum Willen der wirklichen Vereinigung werden, und insofern kann diese nur durch Willensvereinigung, also Vertrag, geschlossen werden. Allein der Wille hat nur die Bedeutung, das objective personenrechtliche Verhältniß der Ehe zu begründen, die gegenseitigen Pflichten sind aber keine Obligationen aus den gegenseitigen Versprechungen, sondern sind die rechtlichen Folgen des objectiven Verhältnisses, in welches man eingetreten ist, sie können darum nicht willkürlich durch Vertrag geändert werden, sondern gehören zum s. g. absoluten oder öffentlichen Rechte in diesem Sinne (S. 257). Ebenso widerspricht willkürliche Aufhebung dem Wesen der Ehe. Wie der Grund der Ehe, so dauert auch ihr Bedürfniß bis zum Tode, und wo die individuelle concrete Relation der Geschlechter wirklich getroffen ist, kann auch nichts als der Tod sie trennen. Wo sie nicht getroffen ist, muß zwar eine Lösung des unnatürlichen Bandes möglich sein, aber nicht nach zufälligem Belieben, sondern nur bei wirklich objectiv vorhandenen Gründen.

§. 78. Die römische Auffassung der Ehe hat sehr verschiedene Beurtheilungen erfahren. Man hat sie hoch und niedrig gestellt, letzteres so sehr, daß Gans das „matrimonium" buchstäblich nur als Anstalt, wie Frauen mit Ehren Mütter werden können, charakterisiren wollte. Die Haupteigenthümlichkeit ist dabei aber eigentlich noch nicht recht gewürdigt. Der römische Begriff der Ehe ist an sich weder besonders hoch, noch besonders niedrig, es ist der abstract menschliche Begriff der Ehe in ihrer äußeren Erscheinung als vollständige äußere Lebensgemeinschaft. Das ist allerdings weit hinaus über die niedrige sinnliche Auffassung des Orients, aber von der idealen Innigkeit und Tiefe der germanischen Auffassung ist noch nichts darin, die ist auch durch das Christenthum noch nicht in die römische Ehe hineingebracht. Der römische Begriff gibt die äußere Erscheinung der Ehe, die innere Ausfüllung überläßt er der Persönlichkeit der Ehegatten. Er paßt darum für alle Zeiten und Völker. Das Alterthum ist nun noch nicht ideal, die reale Seite der Ehe, Kindererzeugung und Erziehung und häusliche Zucht und Ordnung, erscheinen daher als der Hauptinhalt der Ehe, obgleich gegenseitige Liebe, keusche Treue und hingebende Aufopferung auch nicht fehlen. Der romantische Idealismus der germanischen Liebe kann aber äußerlich die Ehe auch zu nichts anderem als der vollständigen Lebensgemeinschaft machen. Indessen darf man in alledem nicht die Eigenthümlichkeit des römischen Eherechts suchen. Diese beruht vielmehr darauf, daß das römische Recht überhaupt nur die individuelle persönliche Freiheit ausgebildet hat, nicht aber objective Organisationen des Lebens zu gestalten vermochte. Es kennt nur abstracte Freiheit und Gleichheit oder absolute Gewalt, nicht organische Gliederung. So hat es in der alten strengen Ehe nur die absolute Gewalt des Mannes, in der späteren freien Ehe nur abstracte Freiheit beider Ehegatten. Die Römer haben den objectiven Charakter der Ehe und ihre sittliche Natur an sich nicht verkannt, aber sie nicht rechtlich danach gestaltet, ihre sittliche Natur nicht zur rechtlichen Nothwendigkeit gemacht, sondern dies ganz oder fast ganz dem Gewissen und der Freiheit der Ehegatten überlassen. „Matrimonia libera esse debent" ist das Grundprincip für das römische Eherecht. Es zeigt sich von Anfang bis zu Ende. Daß die Ehe die einzig sittliche Verbindung der Geschlechter sei, war stets anerkannt, aber verboten war der Concubinat nicht. Daß die Ehe den Segen der Religion haben müsse, war fester Glaube, und nicht leicht wurde eine Ehe ohne religiöse Form und Feier eingegangen, aber nothwendig war sie (abgesehen von der alten confarreatio) nicht.

Daß in der Ehe die Frau dem Manne untergeordnet sein und ihm mehr als ihrem Vater gehorchen soll, hat kein Römer bezweifelt, aber ein Recht darauf hat der Mann nicht, die väterliche Gewalt wird durch die Ehe nicht gelöst, und der Vater geht dem Manne vor. Daß die Ehe zur factischen Gemeinschaft oder wenigstens Mittheilung des ganzen Vermögens führen soll, lag sogar in ihrer Definition, aber ein Recht darauf hat keiner der Ehegatten, noch weniger tritt eine gesetzliche Gütergemeinschaft ein; der Mann kann nicht einmal eine dos von der Frau fordern, braucht dafür aber, wenn sie keine dos gegeben, sie auch nicht einmal zu alimentiren, er kann sie verhungern lassen nur begraben muß er sie dann (s. oben S. 351). Endlich, daß die wahre Ehe bis zum Tode dauert, war Anschauung der alten wie der späteren Zeit, und verschuldete und grundlose Scheidung wurde bestraft, aber die Scheidung an sich blieb frei, und Scheidung durch gemeinsamen Consens zu verbieten wagte erst Justinian, und schon sein Nachfolger gab es wieder frei. Der objective Charakter der Ehe trat rechtlich eigentlich nur in den Voraussetzungen der Ehe, und in den Strafen des Eherechts und der Scheidung hervor, und auch mehr nur bei der Frau als beim Manne. Insofern war das römische Eherecht für die mittelalterliche und moderne Auffassung der Ehe nicht genügend, und ist daher durch das kanonische und deutsche Recht sehr wesentlich ergänzt, worüber jedoch unten bei der Darstellung dieser Rechte das Nähere nachzusehen ist.

§. 79. Die Behandlung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten im römischen Rechte ist eine Folge des Princips der Freiheit des Eherechts. Die Ehe ändert als solche an dem Vermögen der beiden Gatten gar nichts. Namentlich ist die Idee einer ehelichen Gütergemeinschaft den Römern absolut fremd. Die Ehegatten bleiben rechtlich als abstract freie Personen mit ganz selbstständigem Vermögen neben einander bestehen. Die Ehe soll eine fortwährende factische communicatio omnis iuris begründen, nicht aber eine rechtliche communio iuris. Jeder Gatte behält sein Vermögen vollständig für sich und bekommt absolut nichts weiter, als was der andere ihm freiwillig gibt. Indessen versteht sich, daß die durch das gemeinsame Leben und die gemeinsamen Kinder entstehenden gemeinsamen Kosten auch von beiden Gatten gemeinsam getragen werden. Doch wird auch dafür nicht etwa ein gemeinsames eheliches Vermögen gebildet, sondern ein ganz eigenthümliches System von gegenseitigen, sich scheinbar durchkreuzenden und compensirenden Mittheilungen geschaffen, dos und donatio propter nuptias, dessen Verständniß der modernen Welt nur schwer hat gelingen wollen. Es hat seine volle rechtliche Ausbildung erst in später Zeit, eigentlich erst von Justinian, erhalten; in der classischen Zeit ist noch durch die überwiegende Stellung des Mannes eine gewisse Einseitigkeit, daher kann die eigentliche Idee des Ganzen erst aus der späteren Vollendung erkannt werden. Vorher ergänzte man sie durch freiwillige Schenkungen. Die Idee ist folgende: Beide Ehegatten, oder ihre Aeltern, bestimmen einen Theil ihres Vermögens ausdrücklich für die Bestreitung der Lasten der Ehe; sie bilden daraus aber keine gemeinsame Masse, sondern jeder gibt seinen Theil dem andern für die Ehe zu Eigenthum; da aber der Mann als das Haupt der Familie formell der eigentliche Träger der ehelichen Lasten ist, so gibt er seine Gabe der Frau nur ins Eigenthum, nicht aber in Besitz, Verwaltung, Verfügung, Nutzung und Verwendung; diese behält er vielmehr selber neben der Gabe, die er von der Frau bekommen hat, auch ist er für die Verwendung beider Gaben der Frau in keiner Weise verantwortlich, erwirbt vielmehr die Zinsen und Früchte von beiden ausschließlich in sein Vermögen. Scheinbar bekommt daher eigentlich nur der Mann einen Beitrag von der Frau, und so war es auch im älteren Rechte; allein die Bestimmung der beiderseitigen Gaben für die Lasten der Ehe tritt hervor, sobald ihre ganze Existenz und Verwendung in Zweifel kommt, d. h. wenn entweder der Mann in Concurs geräth, dann werden sowohl dos als donatio

den Gläubigern entzogen und für die Ehe sequestrirt, oder wenn er die Frau vollständig vernachlässigt und verkommen läßt, dann kann sie Alimentation sowohl aus dos als donatio verlangen. Außerdem knüpfte sich an das Dasein der gegenseitigen Beiträge von selbst für den Fall der Auflösung der Ehe die gleichmäßige Verwendung nach der Ehe. In der Regel müssen beide zurückgegeben werden, allein Strafe der Scheidung und Vertrag können Aenderungen darin machen, aber stets nur für beide in entsprechender Gleichmäßigkeit.

Alles übrige Vermögen der Ehegatten außer der für die Ehe bestimmten dos und donatio verbleibt den Ehegatten völlig selbstständig (parapherna, Privatvermögen). Sie stehen sich in Betreff desselben völlig getrennt, wie andere Personen, einander gegenüber, namentlich hat der Mann durch die Ehe kein Verwaltungsrecht am Vermögen der Frau, und sie können durch Vertrag, Delict, Proceß und sonst in jedes beliebige Rechtsverhältniß darüber zu einander eintreten. Davon sind nur wenige und unwesentliche Modificationen, nur eine bedeutende und tiefgreifende, die berühmte Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten. Alle Schenkungen unter ihnen sind ungültig und können widerrufen werden, convalesciren jedoch, wenn sie der Schenker bis zu seinem Tode nicht widerruft und vor oder wenigstens mit dem Beschenkten stirbt, somit die Schenkung gewissermaßen durch seinen Tod besiegelt. Auch dieser Satz hat sehr verschiedene Beurtheilungen erfahren. Gans sagt bei seiner Idee von der rechtlichen Getrenntheit der römischen Ehegatten: damit die Liebe nicht vereine, was das Gesetz getrennt, habe man sogar die Schenkungen verboten. Ein tolleres Urtheil ist nicht leicht gefällt. Das ganze s. g. Verbot war nur ein nothwendiges Schutzmittel gegen Mißbrauch des Princips der Freiheit der Ehe. Sollte die volle Freiheit der Scheidung bestehen und die Ehe nur ein freies sittliches Verhältniß sein, so mußte es verhindert werden, daß ein Ehegatte durch erheuchelte Liebe den andern ausplünderte, und dann sich von ihm schied und mit der Beute abzog. Nur aus dieser Reinhaltung der Ehe vor schmutzigem Eigennutze leiten auch die Römer selber das Verbot ab, „non amare tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu.“

II. Die väterliche Gewalt.

§. 80. Der physiologische oder naturalistische Ausgangspunkt für das Verhältniß der Aeltern und Kinder ist die Zeugung. Diese ist die Fortpflanzung der Gattung durch sich selbst, concret verwirklicht in der einzelnen Familie. Die allgemeine Idee, daß die Gattung in den Generationen fortlebt, jede Generation aus sich selbst heraus die folgende erzeugt, in ihr sich verjüngt und sich ein neues Dasein schafft, in dem sie sich in ununterbrochener Continuität fortsetzt, verwirklicht sich in der Gattung nicht abstract im Ganzen, sondern nur concret in den einzelnen Familien. Die physische Continuität der Familie in den einzelnen Generationen zeigt sich aber hier deutlich in dem dauernden Familientypus der körperlichen und geistigen Bildung, der sich oft Jahrhunderte hindurch in einzelnen Familien scharf ausgeprägt erhält. Hiernach sind nun ganz concret die Kinder geradezu als die neue Existenz der Aeltern aufzufassen, die diese aus sich selbst heraus erzeugen, zur Selbstständigkeit heranziehen und in der sie ein neues verjüngtes Dasein gewinnen und nach ihrem eigenen Tode fortsetzen.

Das so in der Natur begründete Verhältniß seinem Wesen gemäß durchzuführen, ist sittliche Aufgabe des Menschen und begründet das Band und die sittlichen Pflichten zwischen Aeltern und Kindern. Dieser sittlichen Natur entsprechend die äußere Gestaltung rechtlich anzuerkennen und zu ordnen, ist die Aufgabe des Rechts und der Gesetzgebung. Auch hier stehen also Natur, Sittlichkeit und Recht in unmittelbarer Einheit, das Recht

kann auch hier nur aus der Natur erklärt und bestimmt werden. Es ist kaum glaublich, wie oft und wie weit dies verkannt ist. In der natürlichen Zeugung glaubte man keinen natürlichen Grund für die Gewalt der Aeltern sehen zu können, und hielt es für natürlicher, sie aus einer Occupation des Erziehungsrechtes abzuleiten, oder aus der Pflicht der Aeltern, die Störung der natürlichen Gleichheit, die sie durch die Erzeugung des Kindes ohne seine Zustimmung begangen hätten, wieder auszugleichen! Die neuere Theorie dringt auch nicht tiefer, als, wie bei der Ehe, das Verhältniß für ein sittliches zu erklären, zu dem einige Rechtsbestimmungen hinzukommen müßten.

Aus dem obigen Principe ergeben sich von selbst die einzelnen praktischen Hauptgrundsätze für das Verhältniß der Aeltern und Kinder, nämlich:

1) Daß die Kinder durch ihre Erzeugung von selbst an der gesammten allgemeinen bürgerlichen Stellung der Aeltern, besonders des Vaters, Theil haben, also an Namen, Stand, Wohnort, Gerichtsstand, Staats- und Gemeindebürgerrecht, Religion, Kirche.

2) Recht und Pflicht der Aeltern zur Ernährung und Erziehung der Kinder. Beides ist nur die Weiterführung und Vollendung der Erzeugung. Sitte, Recht und Pflicht fallen hier von selbst in eins zusammen. In dem Rechte der Erziehung liegt natürlich auch die entsprechende Gewalt über die Person der Kinder. Ueber ihr Vermögen läßt sich daraus nur ein Verwaltungs- nicht ein Nutzungsrecht ableiten, wie auch im englischen, und österreichischen Rechte angenommen ist.

3) Die Erziehungsverhältnisse hören natürlich mit der Vollendung der Erziehung auf. Doch tritt die ursprüngliche Familieneinheit der Aeltern und Kinder auch nachher noch in einzelnen Folgen hervor, die freilich eine verschiedene positive Gestaltung zulassen. So bleibt eine gegenseitige Alimentationspflicht, eine Respectspflicht der Kinder gegen die Aeltern, das Consensrecht zur Ehe der Kinder und namentlich ein gegenseitiges Erb- und zwar Notherbrecht.

§. 81. Daß bei dem ganzen Rechtsverhältnisse von Aeltern und Kindern die Person des Vaters vor der der Mutter eine überwiegende Bedeutung hat und die eigentlich maßgebende ist, ist im Verhältnisse der Geschlechter begründet und findet sich daher im allgemeinen ausnahmslos bei allen Völkern. Dabei findet sich auch das ziemlich gleichmäßig bei allen Völkern, daß in früheren unentwickeltern Zuständen diese Gewalt des Vaters überhaupt nicht scharf abgegrenzt ist, sondern rechtlich völlig oder fast ganz unbeschränkt ist, die Rechte der Kinder dagegen ganz zurücktreten, und der natürlichen Sitte vertraut ist, daß ein Mißbrauch von Seiten des Vaters nicht stattfinden werde. Wenn daher im römischen Rechte die *väterliche Gewalt* ursprünglich eine so unbeschränkte ist, daß er Recht über Leben und Tod der Kinder hat, und sie ihm gegenüber gar nicht als selbstständige Personen gelten, daher absolut kein eigenes Vermögen haben können, so liegt darin weder etwas Auffallendes noch Eigenthümliches, vielmehr ist das im germanischen Rechte und überhaupt wohl allen anderen Urrechten im wesentlichen ebenso. Allein darin stehen die Römer einzig in der Welt da, daß während alle anderen Völker diese Gewalt mit steigender Cultur aufgeben und sie namentlich nach vollendeter Erziehung aufhören lassen, die Römer den Urzustand der väterlichen Gewalt ihrer ganzen juristischen Richtung gemäß rechtlich so fixirt haben, daß sie ihn bis zum Ende der Republik fast völlig unverändert gelassen und eigentlich tiefgreifende Veränderungen erst in der christlichen Zeit gemacht haben, ja einen Hauptpunkt, die Fortdauer nach Vollendung der Erziehung, sogar bis zuletzt festgehalten haben. Nur in diesem Sinne ist es zu verstehen und richtig, wenn die römischen Juristen der Kaiserzeit sagen, kein Volk der Welt habe eine so strenge väterliche Gewalt, wie die Römer.

Digitized by Google

Im Justinianischen Rechte sind nun freilich von dieser alten strengen Gewalt die Hauptsachen weggefallen, doch ist noch immer ziemlich viel übrig geblieben, dieses aber in wenig befriedigender Gestalt. Die Gewalt über die Person ist zwar auf das natürliche Maß einer Erziehungs- und Hausdisciplinargewalt zurückgeführt, im Vermögensrechte ist aber keine Consequenz. Die absolute Vermögensunfähigkeit ist aufgehoben, aber nicht einfach, sondern mit allerlei kleinlichen unmotivirten Unterschieden. Die Kinder können zwar erwerben, aber nur von außen her, nicht vom Vater selber, er kann ihnen wie früher rechtlich nichts geben und schenken, überhaupt keinen Vertrag mit ihnen schließen, sondern nur factisch überlassen mit dem Rechte der Rücknahme. Bei dem Vermögen der Kinder ist Justinians Princip, daß der Vater in der Regel während seiner Gewalt nicht nur Verwaltung sondern auch Nießbrauch hat, nur mit gewissen Ausnahmen, allerdings zu billigen, wie es denn auch in allen neueren Gesetzbüchern im wesentlichen angenommen ist. Dagegen hat die Unterscheidung bei dem freien Vermögen, daß die Kinder über das peculium castrense und quasi testiren können, über das adventitium irregulare nicht, keinen Sinn mehr; ebenso die beim adventitium regulare, daß die Kinder für die bona materna ein Pfandrecht haben, für das übrige nicht; ferner die, daß Erbschaften von der Mutter adventitium regulare werden, von Geschwistern irregulare, u. a. Dies und anderes sind historische Reliquien, die die romanistische Theorie zwar aufbewahren muß, für die man der Praxis jedoch weniger Pietät zumuthen kann, doch hat auch sie sich vielfach vom Buchstaben des römischen Rechts nicht losmachen können, und z. B. für Verträge zwischen Vater und Sohn lieber eine eigene emancipatio ad hoc erfunden, als den römischen Satz selber aufzugeben. Uebrigens wird aber das ganze Verhältniß von Vater und Kind bei uns dadurch außerordentlich viel einfacher, daß wir den Grundpfeiler der verwickelten Vermögensverhältnisse der römischen Kinder nicht mehr haben, nämlich die Fortdauer der Gewalt nach vollendeter Erziehung bis zum Tode des Vaters. Wenn die Kinder bei uns mit Anlegung eigenen Haushaltes und die Töchter schon mit der Heirath von selbst aus der Gewalt treten, so fallen damit alle castrensischen und quasicastrensischen Peculien und irregulären Adventitien von einiger Erheblichkeit von selber ganz weg, und von praktischer Wichtigkeit bleiben fast nur die Erbschaften von der Mutter und anderen Verwandten, also das s. g. adventitium regulare.

§. 82. Besonders wichtig und interessant ist das Schuldenwesen der Hauskinder, namentlich der Söhne. Es hat im heutigen Rechte eine völlig andere Gestalt als im römischen. Nur die Verträge und Delicte braucht man dabei ins Auge zu fassen.

Bei den Delicten der Kinder ist die Sache einfach. Hier ist im römischen Rechte die Haftung des Vaters nach der Abschaffung der noxae datio der Kinder vollständig aufgehoben und auf die Kinder selbst beschränkt, sofern sie zurechnungsfähig sind; es ist selbst zweifelhaft, ob der Vater haftete, wenn er Delicte der Kinder verhindern konnte und es nicht that. Für diesen Fall muß man indessen im heutigen Rechte bei unerzogenen Kindern jedenfalls eine Haftung annehmen, da in der Erziehungsgewalt die Pflicht der Obhut und Abhaltung von Delicten von selbst enthalten ist und daher selbst Vernachlässigung der Aufsicht schon als culpa angesehen werden muß. Neuere Gesetze gehen noch weiter, nach französischem haftet der Vater für alle Delicte der bei ihm wohnenden minderjährigen Kinder, nach preußischem für alle Delicte der Kinder, wenn er sie hätte verhüten können, oder er das Kind nicht gehörig beaufsichtigt hat, ja selbst schon, wenn er Unterricht oder Erziehung des Kindes gröblich vernachlässigt hat.

Bei den Verträgen und Vertragsschulden der Hauskinder ist der Unterschied des heutigen Rechts und des römischen bedeutender und tiefer greifend. Wir denken heutzutage bei Verträgen und Schulden der Haussöhne vorzugsweise an Minderjährige und deren

leichtsinniges Schuldenmachen, da erwachsene Söhne möglichst bald einen Haushalt anlegen und damit von selbst von der Gewalt frei werden. In Rom aber war zwar das leichtsinnige Schuldenmachen bei den minderjährigen Söhnen auch nicht selten, allein die Hauptsache bei dem verwickelten Schuldenrechte der Söhne beruhte doch darauf, daß auch die erwachsenen Söhne mit Frau und Kindern in der väterlichen Gewalt blieben, vom Vater aber factisch mit größeren Vermögenstheilen ausgestattet wurden (peculium profectitium) und damit factisch einen selbstständigen Verkehr neben den Vater trieben, während rechtlich das ganze doch nur dem Vater gehörte. Dazu kam dann noch das Princip der römischen Stellvertretung, wonach der Sohn aus allen Verträgen für den Vater stets auch selbst verpflichtet wurde, der Vater nur indirect (mit actio adjectitiae qualitatis) daneben. Alles dieses fällt bei uns weg. Die Stellvertretung wird bei uns bei Hauskindern keinenfalls irgend anders als bei freien Personen behandelt, so daß die Söhne, wenn sie Auftrag vom Vater haben und sich als seine Vertreter geriren, bei uns gar nicht haften, sondern nur den Vater verpflichten. Aber auch die ganze besondere Peculiarhaftung ist bei uns unanwendbar. Denn da bei uns Verträge zwischen Vater und Sohn zulässig sind, so kann die Concession eines Peculiums an einen Sohn in der Gewalt, wenn sie ja irgendwo vorkommen sollte, nicht anders behandelt werden, als wenn man einem freien Sohne ein Vermögen zu eigener Verwaltung und Nutzung überläßt. Ihre Verträge verpflichten den Vater ganz, oder gar nicht, je nachdem sie für sich oder als Vertreter handeln.

Aber auch bei den Verträgen der minderjährigen Hauskinder ist das heutige Recht anders als das römische. In Rom konnten die Hauskinder, so lange sie unmündig waren, gar nicht durch Vertrag verpflichtet werden, weil sie für sich handlungsunfähig waren, und der Vater nicht ihr Tutor war, also weder mit ihnen noch für sie handeln konnte. Die mündigen Minderjährigen konnten sich dagegen vollständig auch ohne den Vater verpflichten, da ein Curator bei Minderjährigen überhaupt nicht nöthig war; nur hatten sie wie alle Minderjährigen das Recht der Restitution, und Darlehen an sie ohne Zustimmung des Vaters wurden durch das Sc. Macedonianum für völlig unklagbar erklärt. Der Vater haftete aber für alle Verträge der Kinder zwar an sich gar nicht, wohl aber sobald er sie irgendwie genehmigte, also bei Auftrag, Ermächtigung, selbst stillschweigender wissentlicher Duldung und Ratihabition (iussus), und außerdem bei unbeauftragten Verträgen, wenn und soweit dadurch eine Verwendung in seinen Nutzen (versio in rem) bewirkt war. Bei uns ist dies dadurch anders, daß die Minderjährigen allgemein als handlungsunfähig gelten und unter Vormundschaft stehen müssen. Dies ist auch bei den Minderjährigen in väterlicher Gewalt. Ihre Verträge auch Darlehn sind daher ganz ungültig, doch nimmt man meistens an, daß der Vater eine natürliche Vormundschaft über sie habe, und sie daher mit seiner Zustimmung gültige Verträge schließen können. Indessen darf man seine Zustimmung nicht blos als vormundschaftliche behandeln, vielmehr liegt darin stets auch der römische iussus, der den Vater zugleich selber mit verpflichtet, oder, falls er den Sohn nur zum Vertreter macht, den Vater allein verpflichtet. Das römische Princip der actio quod iussu, daß der Vater als solcher aus allen Verträgen der Kinder haftet, die er genehmigt, und daß er alle genehmigt, die er wissentlich geschehen läßt und nicht verbietet, ist auch bei uns trotz der väterlichen Vormundschaft stets angewendet. Ebenso gilt daneben das Princip der actio de in rem verso, und zwar nicht blos bei positiver Vermehrung seines Vermögens, sondern namentlich auch mit Rücksicht auf seine Alimentationspflicht gegen die Kinder. Jeder Vertrag der Kinder zu Zwecken, zu denen ihnen der Vater die Mittel gewähren muß, also für die gesammte Alimentation, Wohnung, Nahrung, Kleidung, Unterricht u. s. w. kann eine nützliche Verwendung für den Vater begründen, sofern er sich in dem Maße hält, was der Vater zu gewähren verpflichtet und

gewohnt war. Selbst wenn der Vater dem Sohne die Mittel gegeben und dieser sie verschwendet oder verloren hatte, kann wieder wirkliches Bedürfniß und insofern auch nützliche Verwendung eintreten, dann aber freilich nur auf das Allernothwendigste. Daß der Dritte das Maß nicht weiß, ist gleichgültig, er creditirt auf Risico, wenn er sich nicht erkundigt.

D. Vormundschaftsrecht.

§. 83. Die Vormundschaft wird in der Regel als eine Art Ausdehnung oder Ergänzung des Familienrechts, namentlich der väterlichen Gewalt, bezeichnet. Unzweifelhaft hat sie auch historisch bei allen Völkern ihren Ausgang von der Familie genommen. Indessen reicht dies doch nicht aus. Denn erstlich muß man fragen, woher denn bei der Familie Recht und Pflicht der Vormundschaft entstehe, die bloße Verwandtenliebe ist doch keine Erklärung dafür, und dann wird damit die ganze Vormundschaft des Staates, die doch schließlich die der Familie weit überragt, gar nicht erklärt. Diese Betrachtungen führen von selbst dahin, daß man den eigentlichen Grund der Idee der Vormundschaft tiefer zu suchen hat, natürlich eben da, wo auch die Familie ihren eigentlichen Boden hat, in dem Verhältnisse des Individuums zur Gattung. Wie der Familie die Idee der Fortpflanzung der Gattung durch die Individuen zu Grunde liegt, so der Vormundschaft die Idee der Selbsterhaltung der Gattung in den Individuen. Das einzelne Individuum ist als einzelne endliche Existenz der Gattung der natürlichen Hülflosigkeit durch Jugend, Alter, Krankheit u. a. unterworfen und dann unfähig, selber für sich, seine Existenz und seine Rechte, zu sorgen. Es würde zu Grunde gehen, wenn die Gattung sich seiner nicht annähme, ihm Schutz und Fürsorge (tutela und cura) zu Theil werden ließe. Die Idee der Selbstfortpflanzung schließt daher die Idee der Selbsterhaltung in den Einzelnen und damit die Idee des Schutzes und der Fürsorge für sie von selber in sich. Das was sich aber so als wesentliches Element des Begriffs der Gattung ergibt, ist damit von selbst auch Aufgabe für den Menschen, sittliche Pflicht, und in der äußeren Ausführung Gegenstand des Rechts.

Die Gattung ist natürlich hier wie sonst nicht abstract im Ganzen thätig, sondern in den einzelnen concreten Kreisen, durch die das Individuum mit der Gattung in Verbindung steht, das ist die Familie und der Stamm oder das Volk. Die Familie bildet das unmittelbare Verbindungsglied, und in der Familie zunächst die Aeltern, namentlich der Vater. Bei den Aeltern ist das Schutzverhältniß ein ganz unmittelbar natürliches, nur ein Theil des allgemeinen Aelternverhältnisses, es ist mit der Erzeugung von selbst da und in der Erziehung, so lange diese dauert, von selbst enthalten. Man nennt dies daher die natürliche Vormundschaft der Aeltern. Schon der Schutz der Aeltern ist aber precär. Sie können sterben, und unter Umständen kann gegen sie selber ein Schutz nöthig werden. Noch viel mehr ist dies bei den anderen Verwandten. Bei ihnen ist überhaupt kein unmittelbar natürliches Verhältniß; sie müssen den Schutz erst besonders übernehmen, er ist für sie ein Amt, für welches sie verantwortlich sein müssen, um so mehr, je mehr eine Collision der Interessen bei ihnen nahe liegt. Wo keine fähige Verwandte sind, fehlt der Familienschutz ganz. Dies alles führt dahin, daß über der Familie noch ein höherer, dauernder, unfehlbarer und unparteiischer Schutz da sein muß, nicht eine Ausdehnung, nicht eine Ergänzung des Familienschutzes, sondern ein selbstständiger, in sich selbst begründeter, die Familie selbst überwachender und nöthigenfalls auch gegen sie selbst gerichteter. Diesen Schutz gewährt als höhere Gattungseinheit der Stamm seinen Genossen, das Volk seinen Gliedern, der Staat seinen Bürgern. Der Staat als das rechtlich geordnete Volk, resp. Stamm, ist der höhere Vertreter der Gattung über der Familie. Er ist

daher der allgemeine absolute Schutz- und Schirmherr für alle seine Bürger. Er führt seinen Schutz durch seine Beamten aus, jedoch so, daß er im einzelnen den Verwandten des Schutzbedürftigen oder anderen Bürgern die unmittelbare concrete Besorgung des Schutzes als Amt überträgt, und selber nur die Beaufsichtigung und Ueberwachung in Händen behält. Auf diese Weise ergibt sich der Unterschied der einzelnen wechselnden und zufälligen Familien- und Bürger-Vormünder und der dauernd und fest darüber stehenden Obervormundschaft des Staats. Im deutschen Rechte ist dieser Unterschied schon sehr früh vorhanden und später vollständig entwickelt. Im römischen Rechte ist ursprünglich gar keine Idee davon. Der Staat ernennt nicht einmal Vormünder, noch viel weniger beaufsichtigt er sie. Die gens tritt ein, wenn keine Familie da ist, außerdem muß der Vater durch Testament nachhelfen. Erst im fünften oder sechsten Jahrhunderte der Stadt wird die staatliche Ernennung von Vormündern eingeführt. Von da an wird die Mitwirkung des Staats und seiner Beamten bei der Vormundschaft zwar immer weiter ausgedehnt, allein zu der Idee einer eigentlichen permanenten Obervormundschaft, die von Amts wegen die einzelnen Vormünder ernennt und beaufsichtigt, ist das römische Recht nie gekommen. Bei uns hat man umgekehrt die Idee der Obervormundschaft ins Extrem getrieben, der Polizeistaat in seiner vermeinten Sorge für das Wohl der Unterthanen wollte den beschränkten Unterthanenverstand wo möglich in allem bevormunden, und namentlich glaubte das preußische Landrecht die einzelnen Vormünder selbst so viel als möglich beobervormunden zu müssen. Indessen ist es doch sehr verkehrt, wenn man es mitunter für einen Fortschritt halten will, zu der römischen Auffassung der Vormundschaft als Familiensache zurückzukehren. Es ist das eine sehr unglückliche praktische Folgerung aus der falschen theoretischen Idee, die Vormundschaft als Ausdehnung des Familienrechts zu charakterisiren. Die Idee, daß eigentlich ein Familienrath die Obervormundschaft bilden müsse, ist mehr ideal als praktisch. Man muß nur im einzelnen sehen, wie viel Unverstand und Eigennutz in kleinen Verhältnissen in einem solchen Verwandtenrathe zu Tage treten kann. Der vormundschaftliche Schutz muß eine objectivere Natur haben.

§. 84. Im einzelnen liegen die Gründe der Bevormundung entweder a) in persönlichen Zuständen, die zu einer eigenen Vermögensverwaltung unfähig machen, nämlich Jugend, Geisteskrankheit und Geistesschwäche, übermäßiger Verschwendungssucht, Altersschwäche, oder b) in einer Trennung eines Vermögens von seinem eigentlich Berechtigten, so bei dem Vermögen Abwesender, namentlich Verschollener, bei Concursmassen, ruhenden Erbschaften, und bei den Rechten noch nicht Geborner. Es versteht sich, daß Inhalt und Umfang der Vormundschaft in diesen verschiedenen Fällen verschieden ist. Namentlich ist der Unterschied, daß bei der ersten Art eine bestimmte Person, für die gesorgt wird, den eigentlichen Kern der Vormundschaft bildet, während bei der zweiten Art nur ein vorhandenes Vermögen als solches erhalten und verwaltet werden soll. Danach ist mancher Erwerb, z. B. von Erbschaften, bei der ersten Art zulässig, bei der zweiten nicht. Man unterscheidet beide Fälle als cura personalis oder plena, und realis oder minus plena.

Noch eine andere Unterscheidung macht das römische Recht, die, so wenig Sinn sie auch eigentlich für das heutige Recht hat, doch unseren Sprachgebrauch fortwährend beherrscht: die von tutela und cura. Die erste ist nur bei unmündigen Kindern, die letztere in allen anderen Fällen. Der Unterschied ist bei uns vielfach völlig mißverstanden. Die Römer sagen einmal tutor personae, curator rei datur. Dies hat man so aufgefaßt, der Tutor habe vorzugsweise für die Person zu sorgen, der Curator nur für das Vermögen. Allein die Sorge für die persönliche Verpflegung ist bei Kindern und Wahnsinnigen gleichmäßig, nur trifft sie nach römischer Auffassung bei beiden nicht eigentlich den Vormund, sondern wird unmittelbar vom Prätor entschieden, der Vormund hat höchstens

Anträge zu stellen. Sein eigentliches Amt ist nur die die Sorge für das Vermögen. Dabei hat er bei Kindern und Wahnsinnigen gleichmäßig die Verwaltung, indessen ist der Unterschied, daß die Kinder fähig sind die nöthigen Rechtsgeschäfte unter Mitwirkung des Vormundes (tutoris auctoritate) selber vorzunehmen, während der Wahnsinnige gar nichts thun kann, und daher der Vormund nur allein für ihn handeln kann. Dies war nun aber für das römische Recht bei der Unzulässigkeit der Stellvertretung außerordentlich wichtig. Beim Wahnsinnigen waren danach viele Handlungen, z. B. Antritt von Erbschaften, gar nicht möglich, die die Kinder tutore auctore vornehmen konnten. Demzufolge erschien bei den Kindern die Person des Kindes auch in der Vermögensverwaltung formell als die Hauptsache, der Vormund nur als ein neben ihr stehender Beschützer, der ihre unvollständige Handlungsfähigkeit ergänzt.

Der ganze Unterschied hat schon in Rom in der späteren Zeit von seiner alten Bedeutung viel verloren, weil gerade bei der Vormundschaft die Vermittelung einer Vertretung am weitesten ausgedehnt wurde. Bei uns aber hat er bei dem Principe der vollständigen Zulassung freier directer Stellvertretung gar keinen Sinn mehr, die Vermögensverwaltung unterscheidet sich im heutigen Rechte bei Kindern und Wahnsinnigen gar nicht mehr, der Vormund hat bei beiden die volle gleiche Vertretung. Zwar haben Kinder und Wahnsinnige verschiedene Handlungsfähigkeit, die Wahnsinnigen sind völlig unfähig, die Kinder sind für Erwerb auch ohne Vormund fähig und für Verpflichtung wenigstens mit ihm, indessen gibt das der Vormundschaft an sich keinen verschiedenen Charakter mehr. Es ist daher reiner Zufall und Mißverständniß, wenn man bei uns noch Vormünder und Curatoren unterscheidet, auch hat der letztere Ausdruck bei uns gar keine feste Bedeutung und abgegrenzte Anwendung mehr.

Eine andere Frage ist, ob bei der Altersvormundschaft noch zwischen Unmündigen und Mündigen ein Unterschied ist. In Rom war bei den ersteren Tutel, bei den letzteren Cura. Indessen waren die letzteren an sich völlig handlungsfähig, und brauchten daher keinen Curator zu nehmen, wenigstens nur bei bestimmten einzelnen Geschäften, namentlich Processen; wenn sie es aber thaten, so verloren sie damit zwar Verwaltung und Verfügung über ihr Vermögen, im übrigen aber blieben sie handlungsfähig, und konnten sich ohne Vormund gültig verpflichten. Bei uns ist nun aber schon nach den Reichsgesetzen die Vormundschaft für Mündige ebenso nothwendig, wie für die Unmündigen, und daher der Unterschied in der Vormundschaft an sich zwischen beiden aufgehoben. Die römische Unterscheidung zwischen Verfügung über das Vermögen, also Veräußerung, und sonstiger Verpflichtung wäre damit zwar wohl vereinbar, indessen ist sie an sich ziemlich sinnlos, da sich jede Obligation auf das Vermögen bezieht, und daher ist sie in der Praxis überwiegend, wenn auch nicht allgemein, verworfen. Die Verträge der Mündigen sind danach ebenso ungültig wie die der Unmündigen, außer sofern ihnen der Vormund generell eine gewisse freie Verwaltung eingeräumt hat. Der Unterschied der Mündigen und Unmündigen in der Ehe- und Testamentsfähigkeit wird dadurch nicht berührt.

§. 85. Das römische Vormundschaftsrecht ist keine sehr glänzende Seite des römischen Rechts. Verschiedene Umstände wirkten dabei zusammen. Ein Hauptgrund war der Mangel einer permanenten Obervormundschaft; die ex officio handelte und die Vormünder überwachte. Nicht einmal die gerichtliche Ernennung von Vormündern geschah ex officio, sondern nur auf Antrag der Verwandten, die man dazu durch das precäre Mittel einer Androhung des Verlustes ihres Erbrechts anzuspornen suchte. Nachher hatte dann der Vormund keine andere Verantwortung und Rechnungsablage, als am Ende der Vormundschaft an den Pflegling selbst oder seine Erben. Wie gefährlich das für beide Theile war, welchen Verlusten der Pflegling, welchen Chicanen der Vormund dadurch ausgesetzt

war, liegt am Tage. Dazu kam, daß die gesetzlichen und testamentarischen Vormünder ihr Amt ipso iure bekamen, ihre Beseitigung also erst möglich war, wenn sie ihre Untauglichkeit oder Unredlichkeit schon erwiesen hatten. Das Schlimmste war aber freilich der jämmerliche Zustand des allgemeinen Creditwesens. Geld auf Hypothek ausgeliehen, war wie aufs Spiel gesetzt, Bürgschaften auf lange Zeit natürlich auch unsicher. Der Gefahr für den Pflegling entsprechend war aber stets die Verantwortung für den Vormund. Die einzig sichere, wenigstens ziemlich sichere, Capitalanlage war im Grundeigenthume, es war daher auch Regel, daß die Pupillengelder wo möglich zum Ankaufe von Grundstücken verwendet werden sollten. Welche Unbequemlichkeiten und Verluste mußten aber auch daraus den Pupillen erwachsen, wenn sie die Grundstücke später nicht selber brauchen konnten und wieder verkaufen mußten! Man war offenbar in vollster Verzweiflung, wie eigentlich zu helfen sei. Justinian ging so weit, daß er vorschrieb, man solle das Geld lieber einfach deponiren, um es keinen Verlusten auszusetzen. Daß die Vormundschaft bei solchen Verantwortlichkeiten und Gefahren eine allgemein gefürchtete und gemiedene Last war, der man sich in jeder Weise zu entziehen suchte, ist sehr natürlich, zumal man auch nicht etwa durch Honorare dazu angelockt wurde, diese im Gegentheil nur bei Anordnung des Vaters oder besonders lästigen Umständen gegeben wurden. Daraus erklärt es sich, daß die Excusationsgründe und das Verfahren dabei in einer Ausdehnung und Detaillirung entwickelt und gesetzlich normirt ist, die für unsere heutigen Verhältnisse fast unbegreiflich erscheint. Bei uns sind die obigen Uebelstände des römischen Vormundschaftswesens ziemlich vollständig beseitigt, die Frage ist bei uns mehr, ob nicht die Obervormundschaften in Ueberwachung der Vormünder zu weit gehen und diesen nicht eine größere Freiheit, aber freilich damit auch größere Verantwortlichkeit, einzuräumen sei.

E. Das Erbrecht.

Einleitung. §. 86. Das Erbrecht ist die dritte der auf dem Gattungsleben des Menschen beruhenden Rechtsgestaltungen. Der Einzelne hat als endliche und vorübergehende Existenz der Gattung im Tode sein gewisses Ende; seine Individualität und was damit zusammenhängt, Rechte und Pflichten, hören damit rechtlich auf, so namentlich seine Familien- und öffentlichen Rechte; seine Vermögensverhältnisse, Rechte wie Schulden, bleiben aber als objective Gestaltungen und Bestandtheile des allgemeinen socialen Organismus der Gattung in ihr bestehen, gehen auf die überlebenden Mitglieder der Gattung über und erhalten in diesen ihre natürliche Erledigung.

In dieser Weise ist die Grundidee des Erbrechts zu bestimmen. Man hat zwar auch hier, wie bei der Vormundschaft, wieder die Familie zum Ausgangspunkte wählen wollen, allein aus der bloßen Familienverbindung läßt sich allenfalls ein bevorzugtes Occupationsrecht der Familie auf die einzelnen zurückgebliebenen körperlichen Sachen des Verstorbenen ableiten, nicht aber die allgemeine rechtliche Fortexistenz seiner Rechte und Schulden als solcher. Diese setzt wesentlich einen allgemeinen socialen Zusammenhang voraus, und läßt sich nur aus der organischen Stellung des Einzelnen in diesem erklären. Die unendliche Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse der Individuen gewinnt auf diesem Standpunkte die Bedeutung der concreten Gestaltung des Gesammtvermögens einer Nation, was sich in einfacher ruhiger Continuität durch die Reihe der Generationen und alle Einzelverhältnisse hindurchzieht, und so den Bedürfnissen der Nation dient. Der Einzelne bildet und schafft und sammelt davon so viel er kann, und genießt es so lange er lebt, aber sein Ein- und Austritt ist für das Ganze gleichgültig; wenn er verschwindet, treten Andere an seine Stelle, vollenden, was er begonnen, erhalten oder zersplittern, was er gesammelt. Die Idee, daß mit dem Tode des Einzelnen eigentlich alle seine Rechte

und Schulden aufhören müßten, und nur seine Sachen übrig blieben aber herrenlos würden und von Jedem occupirt werden könnten, gilt zwar in der Regel als die natürliche, die nur durch positives Gesetz wegen der Unzuträglichkeit des allgemeinen Occupationsrechts geändert werde; allein in Wahrheit ist sie eine durchaus unnatürliche, sie beruht auf einer atomistischen Auffassung des Einzelnen, die ihn aus dem wesentlichen Zusammenhange der Gattung, in dem er durch seine Natur steht, herausreißt, und mit der Natur und dem Inhalte einer Menge von Rechtsverhältnissen, namentlich obligatorischer, die von vornherein auf ganze Generationen berechnet sind, im directesten Widerspruche steht. Die bloße Erklärung aus dem positiven Gesetze ist aber ein Verzicht auf alle innere vernünftige Begründung.

§. 87. Die weitere Gestaltung des Erbrechts ergibt sich aus dem obigen Standpunkte auf eine einfache Weise. Die beiden Hauptfragen sind, auf wen das Vermögen der Verstorbenen übergeht, und wie? Die erste beantwortet sich zunächst dahin, daß die Gattung dem Individuum gegenüber hier wie anderwärts durch die engeren Gattungskreise der Familie und des Volkes vertreten wird. Familie und Staat haben daher das nächste Erbrecht. Daneben tritt das Erbrecht durch den eigenen Willen, die Autonomie, des Erblassers, nämlich Testament und Vertrag. Das Individuum ist nicht willenloses Mitglied der Gattung, was nur objectiv als solches beerbt würde, sondern muß in der freien Persönlichkeit seiner subjectiven Individualität auch bei seiner Beerbung anerkannt werden. Sein Vermögen ist formell rechtlich nicht Familien= sondern Individualvermögen und muß daher als solches übergehen. Der Einzelne kann daher seinem Vermögen bei seinem Tode den Stempel seiner Individualität insofern aufdrücken, als er den Uebergang selber nach seinem individuellen Belieben reguliren, Familie und Staat ausschließen, und die Personen, auf die das Vermögen übergehen soll, autonomisch bestimmen kann. Nur in dem engsten Gattungskreise, dem der Ehe und der Erzeugung, ist das Familienband ein so starkes, daß ein willkürliches, grundloses Zerreißen desselben als Verletzung der gattungsmäßigen Pflichten erscheint, und insofern wenigstens ein gewisser Theil, der s. g. Pflichttheil, unbeeinträchtigt bleiben muß. Danach unterscheiden sich bei gesetzlicher Anerkennung des Ganzen: a) das einfache gesetzliche Erbrecht, b) das autonomische Erbrecht durch Testament und Vertrag, c) das qualificirte gesetzliche Erbrecht, das Notherbrecht. Wenn das autonomische Erbrecht, wie im römischen Rechte, auf Testament beschränkt wird unter Ausschließung des Erbvertrages, so erscheint das gesetzliche Erbrecht im Gegensatze dazu als Intestaterbrecht.

§. 88. Bei der zweiten Frage, dem Wie? des Ueberganges, versteht sich zunächst, daß wenn die Rechte der Personen trotz ihres Todes bestehen bleiben, auch von Herrenlosigkeit und Occupation ihrer Sachen keine Rede sein kann, vielmehr nur eine Succession in das Eigenthum derselben möglich sein kann. Ferner müssen, wenn die Rechte bleiben, auch die Schulden bleiben, und zwar in derselben Verbindung mit den Rechten, die sie bei dem Erblasser hatten, d. h. wie dieser gezwungen werden konnte, seine Rechte zur Zahlung seiner Schulden zu verwenden, so müssen auch in der Erbschaft die Rechte für die Schulden haften, diese also vor allem aus den Rechten befriedigt werden, und nur der Ueberschuß kann als wirklicher Erbgewinn angesehen werden. Die vollständigste rechtliche Form für diesen gleichmäßigen Uebergang der Rechte und Schulden ist die, wenn das Vermögen in dem Zustande, den es bei dem Tode hatte, auch nachher zusammengehalten wird, also in seiner Einheit als ein Ganzes, als universitas, auf den Erben, oder Mehrere gemeinschaftlich, übergeht. Dies ist das Princip der Universalsuccession, die nach römischem Rechte die wesentliche und nothwendige Grundlage bei jeder Beerbung bildet. Der Erbe ist dann insofern der allgemeine rechtliche Repräsentant des Verstorbenen, er nimmt insofern dessen Persönlichkeit gewissermaßen in sich auf und setzt sie in sich fort.

Die Römer haben diesen Begriff der Universalsuccession und der Einheit der Erbschaft und Erbsuccession mit ihrer gewöhnlichen abstracten Begriffstechnik aufgefaßt und in voller Schärfe in ihrem Erbrechte durchgeführt. Es beruht darauf eine ganze Reihe von Eigenthümlichkeiten, die in unserem heutigen Rechtsbewußtsein, wie sich unten zeigen wird, keinen rechten Boden haben, nämlich:

1) sowohl die Delation als die Acquisition oder Repudiation der Erbschaft kann nur in solidum nicht pro parte sein, nur ganz oder gar nicht. Allerdings kann die Delation an Mehrere gemeinschaftlich, und insofern an jeden pro parte geschehen, und insofern kann dann auch von Jedem pro parte angetreten und erworben werden; allein eventuell für den Fall des Ausfalls der Andern muß auch hier Delation und Acquisition durch s. g. Anwachsungen die ganze Erbschaft umfassen, weder der Erblasser noch die Erben können die Anwachsung ausschließen. Der Grund ist, weil sonst der andere Theil der Erbschaft möglicherweise ganz ohne Erben bleiben könnte, und dann der Verstorbene zum Theil beerbt zum Theil unbeerbt bliebe, was der Idee der Einheit der Erbschaft und der Persönlichkeit des Erblassers widerspricht. Darin liegt auch der eigentliche praktische Grund der Regel, daß Delation durch Gesetz und durch Testament nicht concurriren können, nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Daß die Römer darin keine absolute Unmöglichkeit gesehen haben, zeigen schon die Ausnahmen von der Regel, die sie doch zulassen, namentlich bei Soldaten.

2) Auch die Wirksamkeit des Erbrechts, namentlich die Haftung für die Schulden, kann nur vollständig oder gar nicht eintreten. Der Erbe haftet als Repräsentant des Verstorbenen unbedingt, mögen die Activa der Erbschaft für die Passiva ausreichen oder nicht, eine Beschränkung der Schulden auf den Betrag der Activa widerspräche der Einheit der Erbschaft. Allerdings hat Justinian durch sein beneficium inventarii eine solche Beschränkung eingeführt, allein wie fern dieses dem Geiste des classischen römischen Rechts lag, sieht man daraus, daß die prätorische Hülfe gegen die unbedingte Haftung nur durch Abstention und Restitution ertheilt wurde, also immer nur die Wahl zwischen ganz oder gar nicht gegeben wurde, von Beschränkung der Wirksamkeit des Erbrechts aber keine Spur war.

3) Eine natürliche Folge der unbedingten Haftung des Erben ist, daß der Erwerb der Erbschaften nicht von selbst ipso iure eintritt, sondern durch den Willen und Entschluß des Erben vermittelt werden muß. Auch die Ausnahme des alten Rechts bei den Kindern in väterlicher Gewalt ist wenigstens indirect von den Prätoren durch das Abstentionsrecht beseitigt.

4) Endlich folgt aus der Einheit der Erbschaft auch das wichtige Princip, daß Singularsuccessionen auf einzelne Rechte des Verstorbenen durch Vermächtnisse stets die Universalsuccession eines eigentlichen Erben voraussetzen, nur neben oder hinter ihr stehen können, und stets durch sie vermittelt werden müssen.

Das deutsche Recht hat das Princip der Universalsuccession in dieser vollen formalistischen Consequenz nie gehabt. Das rohe Princip des Untergangs aller Rechte und Schulden mit dem Tode findet sich zwar, so weit unsere Quellen reichen, nirgends, schon die Volksrechte haben die Haftung des Erben für die Schulden, zum Theil sogar eine unbedingte; allein die römische Einheit der Erbschaft ist im deutschen Recht nicht festgehalten, vielmehr wurden für einzelne Bestandtheile der Erbschaft, namentlich Grundstücke, Heergeräth, Gerade, verschiedene Singularsuccessionen ausgebildet, die die Verbindung der Activa und Passiva, wie sie beim Erblasser gewesen war, zerstörten und damit auch für den eigentlichen Erben, der nur das übrige bekam, das Princip der unbedingten Haftung für die Schulden unmöglich machten, und sie auf den Betrag dessen, was er bekam, beschränkten. Wie man überhaupt bei uns das Recht weniger idealistisch logisch, wie in Rom, sondern mehr realistisch praktisch auffaßte, so sah man auch in der Erbschaft nicht die Persönlich-

keit des Verstorbenen und seine Repräsentation, sondern die Summe seiner Rechte und Schulden, und hielt nur daran fest, daß auf der eigentlichen Erbschaft nach Abzug der gesetzlichen Singularsuccessionen die Schulden hafteten, und daraus so weit sie reichte, bezahlt werden müßten. Daß Jemand aber aus bloßer Consequenz der Erbschafsidee mit seinem eigenen Gelde die Schulden der Erbschaft decken müsse, war dem deutschen Rechte ein durchaus fremder Gedanke. Darum hat die Idee einer Concurrenz der verschiedenen Delationsgründe, Gesetz, Testament, Vertrag, für uns gar nichts Anstößiges, auch Erblosigkeit und Concurs bei einer Hälfte der Erbschaft, während die andere keinen Erben hat, können wir ohne juristischen Schauder ansehen, ebenso eine Vertheilung der Erbschaft an bloße Legatare ohne allen eigentlichen Erben. Eben darum, weil der Erbe nie einen Schaden von der Erbschaft haben kann, hat das deutsche Recht auch den Erwerb der Erbschaften stets ipso iure eintreten lassen. Das römische Recht hat uns nun zwar die römische Universalsuccession mit ihren Consequenzen gebracht, und sie ist sogar in die neuen Gesetzbücher aufgenommen, allein nur das Princip, daß die Erbschaft bis zu ihrem Betrage für die Schulden hafte, und insofern Rechte und Schulden in Einheit als universitas behandelt werden, liegt in unserem Rechtsbewußtsein. Das übrige ist uns eigentlich fremd. Die Idee des Uebergangs der Persönlichkeit und der Einheit der Erbschaft lebt bei uns nur in der romanistischen Theorie. Sie ist bei uns nicht blos noch weiter als in Rom im einzelnen durchbrochen, sondern geradezu im Principe abgestorben. Es hat daher für uns wohl einen Sinn, daß die Haftung des Erben bis zum Betrage der Erbschaft durch ein Inventar gesichert werde, aber daß er an sich in solidum hafte, sich jedoch durch Antretung cum beneficio von einem Theile der Haftung befreien könne, hat an sich und für unser Rechtsgefühl keinen Grund. Wenn der Verstorbene seine Schulden nicht mehr selber zahlen konnte, so ist kein Grund, daß der Erbe sie zahle und gewissermaßen wie in einer Falle dazu gefangen wird, wenn er unvorsichtig ohne die Beneficialerklärung antritt. Doch hat man sich weder in der Praxis, noch in den Gesetzbüchern alle Consequenzen dieses Unterschiedes klar gemacht. Daß z. B. das preußische und auch das sächsische Recht theilweise Delation erlauben, theilweise Antretung verbieten, Ausschließung der Anwachsung vom Erblasser erlauben, vom Erben verbieten, ist eine gedankenlose Vermischung des römischen und deutschen Princips.

I. Das Intestaterbrecht.

§. 89. Das einfache gesetzliche Erbrecht, das Intestaterbrecht, haben Familie und Staat. Das Erbrecht der Familie läßt sich in verschiedener Weise geordnet denken. Daß das römische Erbsystem sich durch besondere Natürlichkeit oder Consequenz auszeichne, kann man gewiß nicht sagen, doch hat es gewisse Ideen, denen es auch bei uns Eingang verschafft hat. Es hat eine sehr ungleiche Entwickelung gehabt. Ursprünglich ging es der Urgestalt der römischen Familie zufolge von der ausschließlichen Berechtigung der Agnaten aus (s. oben S. 72). Die Hauptrichtung seiner Entwickelung war daher die Ausdehnung auf die allgemeine Blutsverwandtschaft, die Cognation. Diese ging aber sehr langsam vor sich, weil man in der Republik das alte Familienprincip mit großer Zähigkeit festhielt, und in der Kaiserzeit dem praktischen Bedürfnisse durch die Häufigkeit der Testamente sehr abgeholfen wurde. Erst im orientalischen Reiche wurde die gesetzliche Ausgleichung dringender, doch ist sie erst von Justinian zehn Jahre nach den Pandekten in der Novelle 118 vollendet. Die innere Ordnung der Verwandtensuccession fällt danach erst in die spätere Zeit und hat hier keine befriedigende Gestalt mehr gewonnen.

Die Hauptfrage bei der Erbfolgeordnung der Verwandten ist immer, ob die Stammesverbindung oder die Gradesnähe entscheiden soll, d. h. ob nach Stämmen mit Re=

präsentation der näheren durch die entfernteren geerbt werden, oder ob der nähere Grad den ferneren schlechthin ausschließen soll. Ein absolutes Gradualsystem gleichmäßig für alle Verwandten, Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte, durcheinander (so daß z. B. Enkel, Großvater und Bruder zusammen erben), hat es wohl in der ganzen Welt nicht weiter gegeben, als in Rom im prätorischen Edicte in der Klasse unde cognati. Es widerspricht dem natürlichen Bau der Familie zu sehr, als daß es anders als so zur subsidiären Aushülfe möglich wäre. Umgekehrt findet sich ein vollständig durchgeführtes Stirpalsystem wohl nirgends anders, als im österreichischen Gesetzbuche, wo die Parentelenordnung in dieser Weise durchgeführt ist. Das römische Recht hat von Anfang an beide Systeme neben einander gehabt, das Stammesprincip für die Descendenten, das Gradesprincip für die Seitenverwandten. Daß nun die Descendenten in stirpes erben, ist wohl bei allen Völkern mit einigermaßen ausgebildeten Erbrechten angenommen, wenn auch mit einzelnen Modificationen. Die Schwierigkeiten und Verschiedenheiten fangen aber, wenn keine Descendenten da sind, sofort bei den nächsten weiteren Verwandten, den Ascendenten, den Geschwistern und deren Descendenz an. Nach dem Stammesprincipe schließen die Aeltern ihre eigene Descendenz, also die Geschwister des Verstorbenen, aus, werden aber durch sie repräsentirt, ebenso diese wieder im Verhältnisse zu ihren Kindern, diese zu den Enkeln u. s. w. Die Großältern werden aber durch die nähere Parentel der Aeltern in ihrer Descendenz von selber ausgeschlossen. So ist es in voller Consequenz im österreichischen Gesetzbuche. Das römische Recht hat aber hier bei dem Uebergange der Agnation in die Cognation und der Aufhebung der alten Wirkungen der väterlichen Gewalt alles Princip vollständig verloren. Justinian ruft alle Ascendenten nach der Gradesnähe mit den Geschwistern zusammen, und gibt zugleich den Kindern der letzteren ein Repräsentationsrecht, nicht aber auch den Enkeln. Dazu führt er dann noch einen absoluten Vorzug der vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen ein, der in dieser Weise gar keinen vernünftigen Grund hat. Vollständig sind diese Bestimmungen in keinem der neueren Gesetzbücher angenommen. Doch liegen sie allen zu Grunde, nur ist das Verhältniß der Ascendenten zu den Geschwistern, und der vollbürtigen zu den halbbürtigen, in jedem anders geordnet, Uebereinstimmung ist nur in der Ausdehnung der Repräsentation von den Kindern der Geschwister auf ihre weitere Descendenz. Zu einem eigentlichen allgemeinen Principe hat sich keines erhoben, wirkliche Consequenz ist nur im österreichischen.

Bei den weiteren Verwandten über die Geschwister und ihre Descendenz hinaus hat das römische Recht das reine Gradesprincip ohne alle Repräsentation. Dies haben auch die neueren Gesetzbücher, abgesehen vom österreichischen, beibehalten, nur setzt das französische sie den entfernteren Ascendenten an die Seite und das sächsische bringt noch einen kleinen Anflug von Parentel herein.

Neben den Blutsverwandten haben die Ehegatten, der römischen Behandlung der Ehe entsprechend, nur ein sehr beschränktes Erbrecht, in der Regel erst hinter allen Verwandten, und nur bei der armen Wittwe neben ihnen. Dies ist in Deutschland, wenn auch nicht im gemeinen Rechte, doch ziemlich in allen Particularrechten wesentlich geändert.

Das Erbrecht des Staates wird in Rom als ein besonderes Recht auf erblose Erbschaften bezeichnet, und somit in eine Art Gegensatz zur Beerbung gestellt. Indessen ist dies blos dem Namen nach, der Sache nach hatte der Staat Universalsuccession wie ein Erbe, und bei uns kann darauf noch weniger ein Gewicht gelegt werden. Daß die römischen Kaiser gewisse Corporationen dem Staate vorsetzten, war schon dort nicht von Erheblichkeit, bei uns sind diese Fälle im gemeinen Rechte ganz weggefallen. Das Wichtigste wäre, wenn auch die Gemeinden dem Staate vorgesetzt wären, weil dann für den Staat überhaupt nicht viel übrig bliebe. Indessen haben die römischen Kaiser dieses ausdrücklich verworfen, und auch bei uns ist es nirgend eingeführt, auch aus nahe liegenden Gründen nicht rathsam.

II. Das Testament.

§. 90. Die autonomische Regulirung der Beerbung kann nach römischem Rechte nur durch Testament geschehen, nicht durch Vertrag. Uns erscheint dies auffallend, den Römern war es ganz natürlich. Das Testament ist eine Errungenschaft, die durch die Römer in die Welt gebracht ist, kein Volk vor ihnen hat es gehabt, alle späteren haben es von ihnen. Es ist die Spitze des Rechts der Persönlichkeit. Der Mensch muß beim Tode sein Vermögen der Gattung lassen, er kann es ihr nicht entziehen, aber er kann das Recht seiner Individualität dabei noch geltend machen, sterbend seinem Vermögen noch seinen individuellen Willen aufdrücken, daß es nur als Seines nach Seinem Willen übergeht, sein Wille wie ein Gesetz nach seinem Tode noch darüber herrscht Die Römer haben die Bedeutung dieses Rechts wohl erkannt und zu würdigen gewußt, und haben es häufig und in vollster Ausdehnung ausgeübt. Der Grieche Lucian sagt, der Römer sei zurückhaltend, nur einmal im Leben spreche er sich frei aus, das sei nach seinem Tode in seinem Testamente. Daß man es für unanständig hielt, ein solches Recht aufzugeben und sich durch Vertrag zu binden, ist natürlich. Die Römer hatten einen juristischen Idealismus, der dem deutschen Rechte bei aller seiner Gemüthlichkeit fremd ist. Wir sehen in der Erbschaft eben nur Geld und Vermögen, und ob Jemand darüber bei Lebzeiten oder auf den Todesfall, zweiseitig oder einseitig, durch Vertrag oder Testament verfügt, ist uns völlig gleichgültig.

Eben darum hat auch der Hauptunterschied der Römer zwischen Erbeinsetzung und Vermächtniß für uns nicht mehr die römische Bedeutung. Wer aus einem Testamente etwas bekommt, „erbt" nach deutschem Sprachgebrauche, und wer im Testamente etwas zuwendet, „vermacht"; ob man das ganze Vermögen oder eine einzelne Sache vermacht oder erbt, ist Nebensache. Ebenso bezeichnet auch das französische Recht alle testamentarischen Zuwendungen mit legs, und unterscheidet nur legs universel, à titre universel und particulier. Damit fällt aber auch aller Grund zu der Scheidung von Testament und Codicill. Beide gehen in dem Begriffe „letzter Wille" auf. Es ist kein Grund, für beide verschiedene Voraussetzungen, Erfordernisse, und namentlich verschiedene Formen aufzustellen. Selbst im römischen Rechte ist diese Unterscheidung schon ziemlich sinnlos. Wir haben uns zwar sehr daran gewöhnt, allein was hat es denn für einen Sinn, daß man zu der kleinsten Erbeinsetzung sieben Zeugen zusammenrufen muß, dagegen die Herausgabe der ganzen Erbschaft oder der größten Landgüter oder Capitalien durch eine völlig formlose Erklärung an den Erben anordnen kann? Am ärgsten ist der Formalismus beim Universalfideicommiß, besonders seitdem Justinian das Verbot des Abzuges der Quarta Trebellianica erlaubt hat. Danach kann das Universalfideicommiß der Sache nach die reelle Wirkung der Erbeinsetzung haben, und dennoch ist der Formunterschied zwischen beiden geblieben. Wer kein Testament mehr machen kann, macht ein Universalfideicommiß und erreicht damit dasselbe. Der Widerspruch ist hier so auffallend, daß es schwer zu begreifen ist, wie man im sächsischen Gesetzbuche die römischen Unterschiede doch hat beibehalten mögen. Das einzige, was sich rechtfertigen läßt, ist, daß für kleine geringfügige Singularvermächtnisse und ähnliche Anordnungen eine Ermäßigung der Form zugelassen wird, namentlich wenn sie im Testamente vorbehalten sind. Das Maß ist natürlich unbestimmt, das preußische Landrecht bestimmt ein Zwanzigstel der Erbschaft.

Will man den Unterschied von Testament und Codicill für Erbeinsetzung und Vermächtniß aber festhalten, so muß man jedenfalls den Begriff des Vermächtnisses auf die Singularvermächtnisse beschränken, so daß der Unterschied der Universal- und Singularsuccession und der Haftung für die Schulden damit verbunden ist. Ueberhaupt ist die ganze Verbindung des Universal- und Singularfideicommisses zu Einem Begriffe von

Vermächtniß im Gegensatze von Erbeinsetzung für das spätere römische und noch mehr für das heutige Recht unpassend. Die Verbindung beider hatte ursprünglich bei der Entstehung und Ausbildung der Fideicommisse im Gegensatze zu den Legaten ihren guten Grund in der eigenthümlichen Behandlung der Fideicommisse. Nach Justinians Ausgleichung der Legate und Fideicommisse, der Vereinigung des Trebellianum und Pegasianum, und der Erlaubniß, den Abzug der Quarta Trebellianica zu verbieten, ist der alte Standpunkt vollständig verschoben. Der Hauptunterschied ist jetzt Universal- und Singularsuccession, und bei ersterer directe und indirecte. Das Universalfideicommiß muß jetzt in Begriff und Erfordernissen den Erbeinsetzungen an die Seite gesetzt werden, nicht den Singularvermächtnissen, es wäre sonst ein einfaches Mittel, um jene zu umgehen.

Eine andere Frage ist die Erhaltung des Unterschiedes von directer und indirecter Universalsuccession. Er beruht auf der Regel semel heres semper heres. Danach kann nie ein zweiter wirklicher Erbe nach einem ersten eintreten, sondern nur die Ausübung des Erbrechts des wirklichen Erben einem andern übertragen werden. Es ist dies ein Glaubenssatz des römischen Rechts, den der orthodoxe Romanist nicht leicht aufgibt. Puchta erklärt zwei Erben hinter einander für „dem Wesen des Erbrechts widersprechend", Mühlenbruch führt wenigstens eine Menge abschreckender Folgen davon an. Die neueren Gesetzbücher haben sich durch beides nicht abhalten lassen, sämmtlich die römische Regel aufzuheben, und den Universalfideicommissar einfach als zweiten Erben nach dem ersten zu behandeln. Wo und wie dieses mit dem Wesen des Erbrechts in Widerspruch stehen soll, ist auch in der That schwer zu entdecken, zumal da die Römer selbst es gar nicht angenommen haben. Sie gründen die Regel nicht auf die specifische Natur des Erbrechts, sondern sie war ihnen nur eine Folge der allgemeinen Unzulässigkeit von Endterminen und Resolutivbedingungen bei den altcivilen Rechten. Deshalb machen sie auch bei Soldaten eine Ausnahme von der Regel, ebenso wie von der Regel nemo pro parte etc. Diese Ausnahme ist für Mühlenbruch und Puchta natürlich sehr unbequem, sie wollen daher darin nur eine fideicommissarische Substitution sehen, beachten aber nicht, daß dann gar kein Privilegium für die Soldaten mehr darin läge, und die Zusammenstellung mit dem nemo pro parte sinnlos wäre. Dazu kommt, daß der ganze Begriff der indirecten Universalsuccession im Justinianischen Rechte nach der Vereinigung des Trebellianum und Pegasianum und der Ausdehnung der fingirten Restitutionen des Fideicommisses eigentlich allen realen Boden verloren hat und rein formalistisch geworden ist. Dieser Unterschied, daß der Eine heres ist und der Andere loco heredis, der Eine das Erbrecht an sich hat und der Andere die Ausübung desselben, hatte zu Gajus Zeit in Verbindung mit allen den damaligen andern Unterschieden von Erbrecht und Fideicommiß seine gute und volle Berechtigung. Bei Justinian und noch mehr bei uns ist es eine unberechtigte leere Reliquie, der man vergebens durch ein paar kleine praktische Folgen, die ebenso gut ohne das möglich wären, ein Leben beizubringen sucht. Durch die Auffassung des Universalfideicommisses als wirklicher directer Substitution eines zweiten Erben wird auch allein erst das richtige praktische Verhältniß zur Vulgarsubstitution hergestellt. Nach der heutigen Auffassung der fideicommissarischen Substitution ist in dieser nach der Absicht der Parteien fast ausnahmslos von selbst auch eine vulgäre enthalten, d. h. wer will, daß ein zweiter Erbe nach dem ersten eintritt, will in der Regel auch, daß er statt desselben eintritt, falls dieser gar nicht Erbe werden sollte. Mit dem Fideicommißbegriffe ist dies gar nicht so allgemein zu vereinigen und jedenfalls nur durch principwidrige Fictionen zu erreichen.

Die weitere specielle Testaments- und Vermächtnißlehre kann hier nicht gegeben werden, sondern muß dem alphabetischen Theile dieses Werkes überlassen bleiben.

III. Das Notherbrecht.

§. 91. Beim Notherbrechte tritt der Gegensatz der römischen und deutschen Auffassung des Erbrechts ganz besonders scharf hervor. Der römische Rechtsidealismus legt auf das „heres“ sein, die Repräsentation der Persönlichkeit des Verstorbenen, ein besonderes Gewicht, „pleniore honore hereditates quam legata tribuuntur“. Darum ist die Ehre der Erbeinsetzung, der honor institutionis, ein ganz besonderes Recht, was mit der bloßen materiellen Zuwendung des Pflichttheils nicht befriedigt wird. Noch Justinian stellt in der Nov. 115 das Princip auf: wer keinen Grund hat, einem Andern den Pflichttheil zu entziehen, darf ihm auch die Ehre der Erbeinsetzung nicht vorenthalten, sonst ist das Testament trotz der Zuwendung des Pflichttheils nichtig. Für diesen ganzen Standpunkt hat das heutige Rechtsbewußtsein keinen Sinn. Es sieht beim Erbrechte nur auf das Vermögen, beim Notherbrechte daher nur auf den Pflichttheil. Ausnahmslos ist das Notherbrecht in den neueren Gesetzen reines materielles Pflichttheilsrecht, die Ehre der Erbeinsetzung spielt gar keine Rolle mehr, sie kommt gar nicht mehr in Betracht. Nur der gelehrte Romanist studirt noch das feinere römische Ehrgefühl in sich hinein. Dieser Unterschied ist aber sehr folgenreich. Der ganze Gegensatz und Kampf des formellen und materiellen Notherbrechts in Rom, der Gegensatz von Präterition und Exheredation, das verschiedene Notherbrecht der agnatischen und cognatischen Descendenten und Ascendenten, und alle die vielen Fragen und Controversen, die damit verbunden sind, fallen damit für das moderne Rechtsbewußtsein eigentlich vollständig weg, so reich die romanistische Literatur darüber auch ist, und so wenig man sich da, wo das römische Recht formelle Geltung hat, vorläufig davon losmachen kann. Die praktischen Fragen, die das heutige Notherbrecht hauptsächlich bewegen, sind danach nur folgende:

1) Die Personen, die ein Notherbrecht haben, sind nach römischem Rechte die Descendenten, Ascendenten und die Geschwister. Das Recht der letzteren hat indessen, da sie in keiner unmittelbaren Gattungsverbindung stehen, keinen inneren Grund, ist daher schon im späteren römischen Rechte sehr beschränkt, und in den heutigen Gesetzen überall ganz verworfen. Dagegen ist bei uns meistens auch den Ehegatten ein Notherbrecht gegeben, jedoch in sehr verschiedener Weise. Bei den Descendenten ist in Rom der alte Familienunterschied der Agnaten und Cognaten in Betreff des Notherbrechts bis zuletzt von Wichtigkeit geblieben. Die ersteren müssen nominatim, d. h. speciell als solche, enterbt werden, während die letzteren mit Andern zusammen enterbt oder präterirt werden können, wenn nur der Grund angegeben wird. Auf das Pflichttheilsrecht hatte dieses aber keinen Einfluß. Bei diesem wurde merkwürdigerweise schon früh die im Intestaterbrechte erst spät entwickelte Gleichstellung gewissermaßen anticipirt, und allen Descendenten und Ascendenten gleiches Recht gegeben. Indessen hat jener alte formelle Unterschied bei uns auch im materiellen Notherbrechte noch eine eigenthümliche wichtige Nachwirkung in der Behandlung der nachgeborenen Kinder, die zwar in der gemeinrechtlichen Theorie wenig beachtet wird, in den neueren Gesetzbüchern aber sehr deutlich zu Tage tritt. Das römische Recht behandelt die vivi und postumi im wesentlichen gleich. Zwar begründet die Präterition bei den einen Nullität, bei den andern Ruption, indessen ist das nur der Unterschied von anfänglicher und nachträglicher Nichtigkeit, und bei der bonorum possessio contra tabulas war gar kein Unterschied unter ihnen. Nun ist aber nach der Nov. 115 die Enterbung eines Postumus gar nicht mehr möglich, Einsetzungen auf den Pflichttheil sind bei ihnen von selber selten, somit sind sie in der Regel, wenn sie kommen, präterirt. Auf diese Präterition hat aber die deutsche Praxis überwiegend nicht die Nichtigkeit der Novelle angewendet, sondern nach dem s. g. Correctionssysteme die alte volle Ruption oder

bonorum possessio contra tabulas, also volle Aufhebung des Testamentes, wenigstens bis zur vollen Intestatportion des Postumus, angenommen, während man bei der Präterition der schon vorhandenen Kinder mehr dem Derogationssysteme sich zuneigte, d. h. die neue beschränkte Ungültigkeit der Novelle anwendete. Die praktische Folge hiervon war, daß die schon vorhandenen Kinder in der Regel nur ihren Pflichttheil, höchstens die beschränkte Intestatportion nach der Novelle, fordern können, nachgeborene dagegen stets ihren vollen Erbtheil. Läßt man nun das formelle Notherbrecht und seine Folgen ganz weg, so bleibt einfach der Satz, daß schon vorhandene Kinder nur ihren Pflichttheil, nachgeborene ihren vollen Erbtheil bekommen. So findet sich der Satz denn auch im preußischen, österreichischen und sächsischen Gesetzbuche. Der Grund ist jetzt natürlich nicht mehr der formelle des römischen Notherbrechts, sondern der materielle, daß bei den Nachgeborenen die Beschränkung auf den Pflichttheil nicht als Wille des Erblassers angesehen werden kann. Das französische und italienische Gesetzbuch machen diesen feineren, in der Sache wohlbegründeten, Unterschied nicht.

In Verbindung hiermit steht ein anderer oft nicht beachteter Unterschied, nämlich der zwischen den dem Erblasser bekannten und nicht bekannten Notherben. Notherben, deren Dasein oder Qualität der Testirer nicht weiß, sind für ihn nicht vorhanden, folglich wenn sie später auftreten, wie Nachgeborene. Es liegt daher nahe, ihnen ebenso wie diesen ein Recht auf den ganzen Erbtheil zu geben, nicht blos auf den Pflichttheil. Im römischen Rechte ist dies auch insofern geschehen, als vom Standpunkte des Irrthums aus in derartigen Fällen die Enterbungen und die Einsetzungen Fremder für nichtig erklärt sind, und somit ein ähnlicher Erfolg wie bei der Ruption herbeigeführt ist. Es tritt das nur in unseren Lehrbüchern nicht so hervor, weil es in der Regel nicht beim Notherbrechte, sondern bei der Lehre vom Irrthum angeführt wird. Durch die Beschränkung des Notherbrechts auf das Pflichttheilrecht wird der Gegensatz schärfer und findet in dem Gegensatze von beabsichtigter und nicht beabsichtigter Ausschließung der Notherben seine concretere praktische Begründung. So erscheint er daher auch in den neueren Gesetzbüchern, nur mit einigen ziemlich willkürlichen Modificationen.

2) Ueber die Größe des Pflichttheils hat die neuere Gesetzgebung viel experimentirt. Der Pflichttheil beträgt nach römischem Rechte bei einem bis vier Notherben ein Drittel der Intestatportion, bei fünfen und mehr die Hälfte der Intestatportion. Das Princip ist also, daß bei kleineren Erbportionen die Quote größer sein soll. Eine innere Nothwendigkeit hat dies Princip nicht, die Quantität des Vermögens kann nicht die Qualität des Rechts bestimmen. Es kann daher nur consequent genannt werden, wenn das österreichische und italienische Gesetzbuch den Pflichttheil gleichmäßig bei Descendenten auf die Hälfte, bei Ascendenten auf ein Drittel der Intestatportion festsetzen. Bei dem römischen Principe müssen die Erbtheils- und die Pflichttheilsquote eigentlich in umgekehrter Proportion zu einander stehen. Indessen hat Justinian dies nur sehr unvollkommen erreicht; denn die Progression ist bei ihm zuerst $^1/_3$, $^1/_6$, $^1/_9$, $^1/_{12}$ der Erbschaft, dann $^1/_{10}$, $^1/_{12}$, $^1/_{14}$ u. s. w. Das preußische Landrecht hat dies durch Annahme von drei Stufen verbessern wollen, $^1/_3$, $^1/_2$, $^2/_3$, je für 1—2 Kinder, 3—4 und 5—6 und mehr. Danach ist aber die Progression $^1/_3$, $^1/_4$, $^1/_6$, $^1/_8$, $^2/_{15}$, $^2/_{18}$, $^2/_{21}$ u. s. w., was auch noch nicht viel besser ist. Das französische Recht erlaubt dem Erblasser bei 1 Kinde nur über $^1/_2$ der Erbschaft zu testiren, bei 2 über $^1/_3$, bei 3 und mehr über $^1/_4$; danach ist der Pflichttheil $^1/_2$, $^2/_3$, $^3/_4$ der Intestatportion, also $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ der Erbschaft, die Progression folglich erst $^6/_{12}$, $^4/_{12}$, $^3/_{12}$ und dann $^3/_{16}$, $^3/_{20}$, $^3/_{24}$ u. s. w. Daß das österreichische Princip juristischer und consequenter ist, als alle dieses, ist wohl klar.

3) In den Enterbungsgründen ist bei uns kein wesentlich veränderter Standpunkt eingetreten, sie sind nur im einzelnen modernisirt und modificirt. Doch ist die Tendenz

mehr zur Beschränkung geneigt. Das französische Recht hat sie ganz weggelassen, weil es den alten Coutumes zufolge überhaupt gar nicht von der Idee eines eigentlichen Pflichttheils, als portio debita, ausgeht, sondern die ganze Testirfreiheit im Falle von Notherben auf eine bestimmte „portion de biens disponible“ beschränkt. Das italienische Gesetzbuch hat diese Idee der „porzione disponibile“ aufgenommen, damit aber den römischen Begriff der „porzione legittima dovuta“ verbunden, offenbar nicht sehr consequent. Die römischen Enterbungsgründe beruhen auf drei Kategorien:

a) Directe Vergehen gegen den Erblasser, nämlich bei den Descendenten: Lebensnachstellungen, Thätlichkeiten, grobe Injurien, Criminalanklagen, Vermögensschädigung durch Denunciationen, Verhinderung am Testiren; bei Ascendenten nur: Lebensnachstellungen, Capitalanklagen und Verhinderung am Testiren. Alle diese Gründe finden sich auch in den neuen Gesetzbüchern, nur ist statt der Criminalanklage falsche Criminal-Denunciation, und statt der Denunciation widerrechtliche Vermögensschädigung gesetzt. Das sächsische hat die Gründe überhaupt auf Lebensnachstellungen, Thätlichkeiten und falsche Denunciationen beschränkt.

b) Indirecte Vergehen gegen den Erblasser, nämlich: Vernachlässigung in Wahnsinn Kriegsgefangenschaft oder Schuldhaft, und Unzucht mit der Frau oder Concubine des Erblassers; die neueren Gesetzbücher haben die ersten drei Gründe zu Vernachlässigung in der Noth verallgemeinert, das preußische und österreichische fügen bei den Ascendenten noch die Vernachlässigung in der Erziehung hinzu. Der vierte Grund ist nur im preußischen beibehalten (natürlich nur bei der Frau), dagegen haben alle bei den Kindern noch die Ehe ohne Einwilligung der Aeltern hinzugefügt.

c) Unehrenhaftes Leben. Hier hat Justinian gar keinen allgemeinen Gedanken, sondern er führt nur auf: Ketzerei, Gemeinschaft mit Giftmischern, Eintritt unter Thierkämpfer und Mimen, bei Töchtern auch Liederlichkeit; bei Ascendenten nimmt er davon nur Ketzerei, fügt aber Lebensnachstellungen gegen den eigenen Ehegatten hinzu. Das sächsische Gesetzbuch hat diese ganze Kategorie mit Recht vollständig gestrichen, das österreichische setzt statt der Ketzerei Abfall vom Christenthume, daneben Verbrechen mit zwanzig Jahren Kerker, und dann „anstößige Lebensart gegen die öffentliche Sittlichkeit“; das preußische läßt die Religion ganz weg, nimmt von Verbrechen nur Hochverrath und „Laster der beleidigten Majestät“, fügt dann aber „Entehrung durch grobe Laster, schändliche Aufführung, niederträchtige Lebensart“ hinzu. Offenbar sind dies keine glückliche legislative Griffe.

4) Ein Hauptpunkt sind endlich die F o l g e n d e r V e r l e t z u n g des Notherbrechts. Das römische Recht ist hier ganz besonders reich an Unterscheidungen. Es hat verschiedene Folgen für das formelle und materielle Notherbrecht, für alte und neue Form, agnatische und cognatische Descendenten, Descendenten in und außer der Gewalt, schon lebende und nachgeborene, vollständige und partielle Verletzung des Pflichttheils, und noch weitere Unterschiede hatte das ältere Recht, die Justinian aufgehoben hat. Demgemäß finden sich neben einander: volle Nichtigkeit des Testaments, Ruption, beide unter Umständen mit prätorischer Geltung des Testaments, beschränkte Nichtigkeit in Betreff der Erbeinsetzungen, bonorum possessio contra tabulas auf die Intestatportion, querela inofficiosi auf die Intestatportion, Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, das ältere Recht hatte auch noch Zutritt (accrescere) zu den eingesetzten Erben. Die einzelnen Rechtsmittel sind von sehr verschiedenen Gesichtspunkten aus entstanden, das allgemeine Princip war indessen, daß bei jeder Verletzung des Notherbrechts der Notherbe ein Recht auf seine volle Intestatportion bekommen soll, sei es durch Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Testaments, erst Justinian hat die Beschränkung gemacht, daß bei bloßen Mängeln im Pflichttheile nur eine Klage auf dessen Ergänzung eintritt. Dem älteren Principe liegt die Idee zu Grunde, daß das Noth-

erbrecht nicht eine bloße Geldsache, sondern eine Pflicht= und Ehrensache ist, und daß eben darum seine Verletzung wie zur Strafe Folgen nach sich zieht, die über den eigentlichen Inhalt des Notherbrechts weit hinausgehen, und mitunter selbst Fremden zu gute kommen können.

Dem heutigen Rechtsbewußtsein ist dieser ganze Standpunkt fremd. Wir sehen im Notherbrechte rechtlich einfach eine Vermögensangelegenheit, von der wir den Ehrenpunkt vollständig trennen. Der Notherbe hat ein Recht auf den Pflichttheil, was ihm in keiner Weise verkürzt werden darf, aber daß er darum, weil der Erblasser eine Verkürzung versucht hat, zur Strafe desselben mehr als den Pflichttheil bekommen müßte, oder daß gar auch Fremde Vortheil davon haben könnten, widerspricht unserer Anschauung des Verhältnisses, zumal die concreten Gestaltungen der Lebensumstände die Idee von Unrecht und Strafe oft gar nicht entfernt zulassen. Daher haben alle neueren Gesetzbücher einstimmig das Recht der Notherben ohne alle weitere Unterscheidung für alle Fälle gleichmäßig auf den Pflichttheil beschränkt. Nur bei den nachgeborenen oder unbekannten Notherben ist, wie oben gezeigt ist, das Recht auf den vollen Erbtheil geblieben, aber nicht weil man darin eine größere und strafbarere Verletzung des Notherbrechts sähe, sondern weil hier die Beschränkung auf den Pflichttheil gar nicht als Wille des Erblassers angesehen werden kann.

Alle die obigen römischen Unterscheidungen fallen damit natürlich von selber weg, und das Ganze wird von selbst äußerst einfach. Nur Eine wichtige Frage bleibt übrig, nämlich ob der Pflichttheil als wirklicher Theil der Erbschaft oder nur als Schuld der Erbschaft gefordert und eingeklagt werden kann. Im römischen Rechte tritt natürlich in allen Fällen, wo man unter Aufhebung des Testaments auf den vollen Erbtheil klagen kann, wirkliches Erbrecht ein, wogegen die Ergänzungsklage reine Schuldklage ist. Recht consequent ist diese Unterscheidung schon im römischen Rechte nicht, ohne allen Sinn ist sie, wenn das ganze Notherbrecht nur in dem einfachen Rechte auf den Pflichttheil besteht. Hier muß dieser stets gleichmäßig entweder als Erbschafts=Theil oder Erbschafts=Schuld angesehen werden, und zwar fordert die Consequenz eigentlich das erstere. Dies ist auch im französischen, italienischen und sächsischen Gesetzbuche angenommen, das preußische und österreichische sind sich dagegen bei ihrer Vernachlässigung der juristischen Technik darüber unklar geblieben, bei dem ersteren ist die Frage bis jetzt controvers, und man nimmt meistens die römische Unterscheidung an, in Oesterreich ist durch ein späteres Gesetz entschieden, daß der Notherbe stets nur den Werth des Pflichttheils fordern kann, der Pflichttheil also stets nur Erbschaftsschuld sein soll.

IV. Der Erwerb der Erbschaft.

§. 92. Die weiteren Grundsätze über das Erbrecht betreffen:

1) den Erwerb der Erbschaft, also Delation, Antretung, Ausschlagung, Transmission, Anwachsung;

2) die Wirkungen des Erbschaftserwerbes und des Erbeseins, also die Rechte und Pflichten des Erben, nebst ihren möglichen Beschränkungen durch Inventar und Separation, die Klagen zur Geltendmachung des Erbrechts, das Verhältniß von Miterben, namentlich die Vertheilung der Erbschaft unter ihnen nebst der dabei möglichen Collationspflicht, endlich das Verhältniß der Erben und Legatare. Die nähere Ausführung über diese einzelnen Punkte wird aber passender im alphabetischen Theile dieses Werkes gegeben.

2.

Das deutsche Privatrecht.

Von

Privatdocent Dr. J. Fr. Behrend
in Berlin.

I. Begriff und Literatur.

§. 1. Das in Deutschland geltende Privatrecht beruht zum Theil auf einheimischen, zum Theil auf fremden Quellen. Hierauf gründet sich die seit Anfang des vorigen Jahrhunderts übliche Vertheilung des gesammten Privatrechtsstoffes in zwei getrennte Disciplinen: die Pandekten und das deutsche Privatrecht. Diese Scheidung ist mehrfach angefochten und es sind wiederholte Versuche gemacht, das ganze Privatrecht in einem einheitlichen System zur Darstellung zu bringen. Dieselben haben sich indeß sämmtlich nicht bewährt, denn schon die große Verschiedenartigkeit der Quellen bewirkt, daß bei einer solchen Darstellung das eine oder das andere Element nothwendig eine Verkürzung erleiden muß. Erst wenn wir ein einheitliches nationales Gesetzbuch besitzen werden, wird es gestattet sein, jene beiden Disciplinen lediglich als Vorstufen für den Aufbau einer einheitlichen nationalen Rechtswissenschaft zu betrachten.

§. 2., Die Quellen des deutschen Privatrechts gehören theils dem gemeinen, theils dem Particularrecht an Zum gemeinen Recht werden hier diejenigen Satzungen gerechnet, welche auf einer formell für ganz Deutschland verbindlichen Autorität beruhen und zur Geltung in ganz Deutschland bestimmt sind. Dahin gehört a) das geschriebene Reichsrecht, d. h. die bis zur Auflösung des deutschen Reiches zu Stande gekommenen Reichsgesetze. Dieselben kommen hier nur soweit in Betracht, als sie privatrechtlichen Inhalts sind. Insoweit aber sind sie durch die inzwischen stattgehabten politischen Veränderungen nicht aufgehoben. b) Das gemeine Gewohnheitsrecht. Von diesem ist nur der Theil zu berücksichtigen, bei welchem sich die in gemeinsamer Uebung hervortretende Rechtsüberzeugung der Nation nicht blos receptiv, sondern productiv verhalten hat, also nicht die fremden Rechte, die gleichfalls wesentlich auf dem Wege des Gewohnheitsrechts in Deutschland zur Annahme gelangt sind.

§. 3. In Folge der Codificationen hat sich ein großer Theil Deutschlands von der Grundlage des gemeinen Rechts äußerlich losgesagt. Letzteres kommt in den Gebieten der codificirten Rechte nicht mehr als Entscheidungsquelle zur Anwendung, gilt aber auch in den Ländern des gemeinen Rechts nur als subsidiäre Norm, so daß particularrechtliche Bestimmungen den Vorzug haben.

§. 4. Neues gemeines Recht für ganz Deutschland kann gegenwärtig nur in sehr beschränktem Umfange entstehen. Auf dem Wege der Gesetzgebung ist dies überhaupt unmöglich, da es an einer gesetzgebenden Gewalt für ganz Deutschland fehlt. Die Entstehung eines neuen Gewohnheitsrechtes ist zwar nicht absolut ausgeschlossen, aber durch die dieser Art der Rechtsbildung wenig günstigen Codificationen auf ein Minimum beschränkt. Dagegen hat in neuester Zeit durch die Schöpfung des Norddeutschen Bundes ein großer Theil Deutschlands ein Organ für die Bildung gemeinen Rechtes erhalten. Die Gesetze, welche von dem Norddeutschen Bund innerhalb seiner Competenz erlassen

werden, sind für alle zum Bundesgebiet gehörigen Länder rechtsverbindlich mit der Wirkung, daß sie den Landesgesetzen vorgehen.

§. 5. Particularrechtlich sind alle diejenigen Rechtsnormen, die entweder nur für einen Theil von Deutschland bestimmt sind oder ihre Geltung nur von einer für einen Theil von Deutschland verbindlichen Autorität ableiten. Verschiedene, ja selbst alle Particularrechte können in weiterem oder geringerem Umfang miteinander übereinstimmen, ohne ihren Charakter als Particularrecht zu verlieren. Die Uebereinstimmung kann entweder blos auf einer Gleichartigkeit der historischen Entwickelung beruhen oder sie kann sich lediglich auf den Inhalt oder auch auf den Wortlaut des Ausdrucks erstrecken. Man spricht in all' diesen Fällen von einem gemeinsamen oder materiell gemeinen, im Gegensatz zum formell gemeinen Recht.

§. 6. Zum Particularrecht in diesem Sinne gehören a) die besonderen Rechte einzelner deutscher Länder und kleinerer Kreise innerhalb derselben (Provinzial-, Lokal-, Statutarrechte); b) die Grundgesetze des ehemaligen Deutschen Bundes, sowie die einzelnen Bundesbeschlüsse, da es nach der richtigen Ansicht einer besonderen Einführung und Publication bedurfte, um dieselben zu einem Bestandtheil des geltenden Rechts in den einzelnen zum Bunde gehörigen Staaten zu machen; c) aus demselben Grunde, die durch freiwillige Uebereinkunft zu Stande gebrachte gleichförmige Gesetzgebung; d) das neueste gemeine Recht des Norddeutschen Bundes (§. 4), weil dasselbe nur für einen Theil von Deutschland bestimmt ist.

§. 7. Die Grundlagen für eine Darstellung des deutschen Privatrechts können nicht blos aus den Quellen des formell gemeinen Rechts entnommen werden, sondern es sind auch die Particularrechte zu berücksichtigen, sofern in ihnen das nationale Rechtsbewußtsein Ausdruck gefunden hat. Dies ist der Fall nicht nur bei der direct gleichförmigen Gesetzgebung, sondern in noch viel höherem Maße bei derjenigen Rechtsentwickelung, welche, obwohl in den Einzelheiten von einander abweichend, doch auf denselben historischen Veranlassungen und deshalb auch auf gleichen Principien beruht. Diese Principien enthalten kein unmittelbar anwendbares Recht, denn sie sind nur anwendbar, sofern und soweit sie sich in einem bestimmten Particularrecht verwirklicht haben. Gleichwohl sind sie von großer Wichtigkeit, sowohl weil sie die treibenden Kräfte unserer Rechtsbildung darstellen, als auch weil sie ein Hauptmittel für die wissenschaftliche Erkenntniß der Particularrechte enthalten. Auch in den neueren Codificationen sind vielfach nationale Rechtsanschauungen ausgeprägt.

§. 8. Die Literatur des deutschen Privatrechts beginnt mit Georg Beyer, der zuerst im Jahr 1707 an der Universität zu Wittenberg Vorlesungen hierüber gehalten hat. Seitdem hat sich diese Disciplin auf den Universitäten eingebürgert und literarisch ist in den verschiedensten Richtungen an der Fortbildung derselben gearbeitet worden. Aus dem vorigen Jahrhundert sind in dieser Hinsicht besonders Pütter, Selchow und Runde zu nennen. In diesem Jahrhundert eröffnet Eichhorn wie überhaupt in der germanistischen Rechtswissenschaft, so auch für das deutsche Privatrecht eine neue Periode, in welcher an der Hand solider geschichtlicher Forschung auch für die Institute des geltenden Rechts ein erweitertes Verständniß eröffnet worden ist. Daß die von ihm gegebenen Anregungen nicht fruchtlos geblieben sind, beweisen neben zahlreichen monographischen Arbeiten besonders die Lehrbücher von Gerber, Beseler, Bluntschli, Gengler.

Gerber, Wissenschaftliches Princip des gemeinen deutschen Privatrechts. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, 1844, und Würtembergisches Privatrecht, I, S. 13 fgg. Bruns, Artikel: Gemeines Recht in Ersch' und Gruber's Encyclopädie, I, Bd. 57, S. 213. Rückert, Be-

griff des gemeinen deutschen Privatrechts, 1857. — Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II, S. 414. — Beyer, Delineatio juris Germ., 1718 (1723). Pütter, Elem. juris priv. Germ. hod., 1776. Selchow, Elem. juris Germ. hod., 1793. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1829. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1845. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1847. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1865. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1866. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl. besorgt von Dahn, 1864. Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 1854, 1855. Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1855. Hillebrand, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 1865. — Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft von Reyscher, Wild, Beseler, Stobbe, 20 Bde. 1839—1861.

II. Entstehung des Rechts.

§. 9. Die Lehre von der Entstehung des gesetzlichen und Gewohnheitsrechts bietet im deutschen Recht keine Besonderheiten dar. Häufig wird als eine eigene Art des Gewohnheitsrechts die Observanz oder das Herkommen genannt; indeß ist in der That kein Bedürfniß vorhanden, diese Art des Gewohnheitsrechts besonders auszuscheiden. Man pflegt bei dem Ausdruck Observanz oder Herkommen an verschiedene Dinge zu denken und dieselben zum Theil in unklarer Weise miteinander zu vermischen. Man versteht nämlich darunter a) dasjenige Gewohnheitsrecht, welches sich in kleineren örtlichen Kreisen oder in dem Kreise der Genossen eines bestimmten Standes oder Berufes bildet; b) die langjährige Ausübung einer Befugniß, die im Verlauf der Zeit zur Begründung subjectiver Rechte führen kann; c) das ungeschriebene autonomische Recht (§. 11). Hierher gehört die Observanz nur in dem ersten Sinn, fällt aber in diesem auch ganz unter den allgemeinen Begriff des Gewohnheitsrechts und ist hinsichtlich der Bedingungen wie hinsichtlich der Wirksamkeit demselben völlig gleichzustellen. Im einzelnen Fall kann es allerdings schwierig sein, zu unterscheiden, ob eine solche Observanz oder nur ein Herkommen im subjectiven Sinne vorliegt; diese Schwierigkeit hat aber auf die Begriffsbestimmung keinen Einfluß.

Ein eigenthümliches Mittel zur Erkenntniß des Gewohnheitsrechts sind die Rechtssprüchwörter (paroemiae juris). Sie enthalten den kurzen, volksthümlichen Ausdruck eines Rechtssatzes und können daher als Zeugnisse für das Vorhandensein gewohnheitsrechtlicher Bildungen benutzt werden. Doch erfordert ihre Anwendung schon wegen der in der Regel vieldeutigen Fassung einen nicht geringen Grad von Vorsicht. Auch ist es bei derartigen sprüchwörtlichen Aeußerungen des Volksbewußtseins oft schwer zu sagen, ob sie wirklich juristische oder allgemeine ethische oder wirthschaftliche Anschauungen wiedergeben oder gar blos den Ausdruck von Erfahrungssätzen darbieten.

§. 10. Die Frage, ob eine übereinstimmende Jurisprudenz, sei es in der Kundgebung theoretischer Ansichten (communis doctorum opinio), sei es in den Aeußerungen der gerichtlichen Praxis (usus fori), im Stande ist, Rechtssätze zu erzeugen und ob dieselbe demnach zu den Rechtsquellen zu zählen ist, reicht zwar über das Gebiet des deutschen Privatrechts hinaus, pflegt aber hier mit besonderer Lebhaftigkeit erörtert zu werden. Von denen, die diese Frage bejahen, werden die auf jene Rechtsquelle zurückzuführenden Rechtssätze als Juristenrecht bezeichnet, welchem das unmittelbar auf der Volksüberzeugung beruhende Volksrecht gegenübergestellt wird. Beseler definirt das erstere als eine in längerer gerichtlicher Uebung sich äußernde rechtliche Ueberzeugung des Juristenstandes und betrachtet dasselbe als eine Art des Gewohnheitsrechts. Bei einer consequenten Durchführung dieser Ansicht muß man die Sätze des s. g. Juristenrechts als solche für anwendbar erachten, auch dann, wenn sie wissenschaftlich nicht begründet sind

und mit der Volksüberzeugung nicht übereinstimmen. Eine solche Bedeutung kommt aber weder der Theorie noch der Praxis zu, die vielmehr beide nur die Aufgabe haben, das wirklich vorhandene Recht zu finden und auszusprechen. Beide haben daher einen Anspruch auf Geltung nur, wenn und soweit sie dem vorhandenen Recht entsprechen. Positive Gesetze haben allerdings zuweilen den Präjudizien der obersten Gerichtshöfe eine weiter gehende Autorität eingeräumt; auch läßt sich nicht leugnen, daß die Entstehung und Ausbildung einzelner deutschrechtlicher Institute, wie z. B. der Erbverträge und der Familienfideicommisse durch die Juristen, und zwar zum Theil auf Grund unrichtiger juristischer Constructionen wesentlich gefördert worden ist.

§. 11. Als eine besondere, dem deutschen Recht angehörige Art der Rechtsquellen pflegt ferner die Autonomie genannt zu werden, deren Begriff und Bedeutung jedoch ebenfalls äußerst bestritten ist. Dem Wortsinn nach bedeutet Autonomie ursprünglich soviel wie Souveränetät oder das Recht eines Staates, nach seinen eigenen Gesetzen zu leben (πολιτεία αὐτόνομος). Gegenwärtig aber versteht man darunter die Befugniß, objective Rechtssätze festzustellen, welche gewissen Behörden, Corporationen oder gar einzelnen physischen Personen eingeräumt sein soll. Als Unterarten der Autonomie im Sinne von geschriebenem und ungeschriebenem Recht werden gewöhnlich Statut und Observanz (§. 9) geschieden. Im einzelnen wird die Befugniß, autonomische Satzungen hervorzubringen, zugeschrieben a) dem hohen Adel, sofern demselben das Recht zusteht, über seine Güter- und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen; b) Behörden (richterlichen und Verwaltungscollegien) in Bezug auf die Formen ihres Geschäftsganges; c) einzelnen Corporationen, wie z. B. Gemeinden, Universitäten, Actiengesellschaften rücksichtlich ihrer inneren Angelegenheiten.

Im Mittelalter beruhte in Folge der unvollkommenen Wirksamkeit des Staatsorganismus ein großer Theil der Rechtsentwickelung auf autonomischen Satzungen. Je mehr indeß der Staat und seine Organe die gesammte Rechtsbildung zu beherrschen und an sich zu ziehen suchten, desto mehr trat diese Art der Rechtsbildung zurück. Für das heutige Recht ist dem Begriff der Autonomie jede Realität abzusprechen. Von den vorstehend hervorgehobenen Fällen handelt es sich bei den Verfügungen des hohen Adels und ebenso in der Regel bei den Anordnungen der unter c erwähnten Corporationen um die Feststellung subjectiver Rechtsverhältnisse, bei den Behörden dagegen meist um bloße Verwaltungsmaßregeln. Sofern aber diesen letzteren und den zugleich dem öffentlichen Recht angehörigen Corporationen die Macht, objective Normen festzusetzen, eingeräumt ist, erscheinen sie als Organe des Staates und die innerhalb ihrer Competenz von ihnen erlassenen Bestimmungen als ein vom Staate selbst gesetztes Recht.

§. 12. Im Falle einer Collision verschiedener Rechtsquellen hat diejenige den Vorzug, welche für den kleineren örtlichen Kreis bestimmt ist, so daß das gemeine Recht erst in letzter Reihe zur Anwendung kommt. Diese Stufenfolge von den particulärsten Normen aufwärts ist in dem Rechtssprüchwort angedeutet: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. — Die Frage, ob dann, wenn die fremden Rechte und namentlich das römische Recht mit Sätzen des deutschen Rechts in Widerspruch treten, erstere oder letztere anzuwenden seien, ist hiermit nicht beantwortet; dieselbe läßt sich aber überhaupt nicht nach allgemeinen Regeln entscheiden, sondern ist für jeden einzelnen Fall und für jedes einzelne Rechtsgebiet besonders zu lösen. — Die in der Regel sowohl in den Pandekten wie in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts vorgetragene Lehre von den zeitlichen und örtlichen Grenzen für die Wirksamkeit der Rechtssätze beruht auf Grundsätzen, die weder speciell dem römischen noch dem deutschen Rechte angehören und die deshalb an dieser Stelle übergangen werden können.

Digitized by Google

(§. 9 u. 10.) Savigny, System, I, §. 12, 13, 17 fgg. Puchta, Gewohnheitsrecht, II. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843. Hillebrand, Deutsche Rechtssprüchwörter, 1858. Graff und Dietherr, Sammlung deutscher Rechtssprüchwörter, 1864. (§. 11.) Hermann, De auton. juris Germ. fonte, 1859. Gerber in: Archiv für civ. Praxis, Bd. 37, S. 35, und in Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 3, S. 411. Maurer in: Kritische Ueberschau, Bd. 2, S. 229. (§. 12.) Savigny, System, Bd. 8. Unger, System des österreichischen Privatrechts, I, S. 113. Lassalle, System der erworbenen Rechte, 1861. R. Schmid, Herrschaft der Gesetze nach ihren rechtlichen und zeitlichen Grenzen, 1863. v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1862.

III. Personenrecht.

§. 13. Die Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen unterlag im älteren deutschen Recht vielfachen Abstufungen. Körperliche Zustände wie Geschlecht, Rüstigkeit, Mißgestalt, Krankheit wirkten direct auf die Persönlichkeit. Dazu kamen die Einflüsse der Standes- und Religionsunterschiede, der Unterschied zwischen Staatsangehörigen und Fremden u. dgl. In neuerer Zeit sind diese Unterschiede bis auf wenige Reminiscenzen beseitigt. Als Regel gilt, wenigstens in privatrechtlicher Beziehung, die Gleichheit vor dem Gesetz und die gleichmäßige Anerkennung der Persönlichkeit bei allen Menschen.

§. 14. Eine besondere rechtliche Stellung nimmt noch jetzt der hohe Adel ein. Zu demselben gehören die deutschen Souveräne und die Standesherren nebst ihren ebenbürtigen Familien. Den letzteren ist auch nach Verlust ihrer Souveränetät durch die noch jetzt in Kraft bestehende Bestimmung der Deutschen Bundesacte die Fortdauer ihrer früheren persönlichen Vorrechte zugesichert, insbesondere ist ihnen das Recht der Ebenburt mit den souveränen Häusern, sowie die Anerkennung der von ihnen in Hausgesetzen oder Familienverträgen getroffenen Dispositionen gewährleistet. Entstehung des hohen Adels ist gegenwärtig allein eheliche Zeugung in einer standesmäßigen Ehe.

Die Berechtigungen des niederen Adels bestehen gegenwärtig nur noch in dem Anspruch auf gewisse Titel und Prädicate, außerdem kommt in Betracht, daß einzelne vermögensrechtliche Institute, wie z. B. die Familienfideicommisse, sich vorzugsweise in den Kreisen des niedern Adels eingebürgert haben, wenngleich sie nicht ausschließlich auf dieselben beschränkt sind.

§. 15. Die Religionsunterschiede sind gegenwärtig für das Privatrecht gleichfalls bedeutungslos geworden. Den Juden, die früher auch in dieser Hinsicht vielfach zurückgesetzt waren, wird gegenwärtig die volle Privatrechtsfähigkeit in demselben Umfange wie allen übrigen Staatsangehörigen gewährt. Damit ist auch die Anwendbarkeit des besonderen jüdischen Rechts fortgefallen, die sich nur da rechtfertigt, wo man die Juden als Fremde betrachtet und sie deshalb ihrem besonderen Nationalrechte unterwirft.

§. 16. Die Stellung der Fremden, oder wie sie in der Sprache des Mittelalters heißen, der Elenden war ursprünglich sehr ungünstig, da sie nicht zu der Rechtsgenossenschaft gehörten, innerhalb deren sie weilten, und ihres Rechtsschutzes nicht theilhaftig waren. Der lebhaftere Verkehr der Nationen untereinander hat dazu geführt, den Fremden im allgemeinen dieselben Rechte zuzugestehen, wie den Einheimischen, nur im Wege der Retorsion oder des Gegenrechts pflegen Ausnahmen zu ihren Ungunsten gemacht zu werden. Eine besondere Klasse der Fremden sind die Forensen, d. h. diejenigen, welche in einem anderen Staate Grundbesitz haben. Man nennt das Verhältniß derselben im allgemeinen Landsassiat und unterscheidet zwischen unvollständigem und vollem Landsassiat, je nachdem eine Unterwerfung der Forensen unter das forum und die lex

rei sitae blos in Bezug auf dingliche oder auch in Bezug auf andere Klagen stattfindet. Ersteres bildet die Regel, die volle Landsässerei kommt nur ausnahmsweise vor. Eine mit der alten Rechtlosigkeit der Fremden in Zusammenhang stehende Abgabe ist der Abschoß (gabella hereditaria s. detractus realis), welcher von außer Landes gehenden Erbschaften erhoben wird. Sowohl diese Abgabe, wie die bei der Auswanderung Einheimischer zu entrichtende Nachsteuer (gabella emigrationis, detractus personalis) sind bereits durch Art. 18 der Deutschen Bundesacte und durch einen Bundesbeschluß vom Jahre 1817 für sämmtliche, zum früheren Deutschen Bunde gehörige Staaten aufgehoben und auch im übrigen durch Gesetze und internationale Verträge vielfach beschränkt worden.

§. 17. Der Ehrbegriff des heutigen Rechts beruht wesentlich auf modernen Anschauungen. Hierbei sind allerdings sowohl römische wie mittelalterliche Begriffe mit von Einfluß gewesen, indeß darf weder das eine noch das andere Element als allein bestimmend betrachtet werden. Man pflegt gegenwärtig jede Art der Ehrenminderung mit dem allgemeinen Ausdruck Ehrlosigkeit zu bezeichnen und näher zwischen gänzlichem Verlust und zeitweiser Untersagung der bürgerlichen Ehrenrechte zu unterscheiden. Die alte Rechtlosigkeit, sowie die Echtlosigkeit und Friedlosigkeit gehören nicht mehr dem heutigen Recht an, die letztere hatte noch bis vor kurzem eine Analogie in dem aus Frankreich zu uns herüber gekommenen, jetzt glücklicherweise überall beseitigten Institut des bürgerlichen Todes. Die früher sehr große Zahl der unehrlichen Gewerbe ist bereits seit dem sechszehnten Jahrhundert durch Reichsschlüsse mehr und mehr vermindert worden, am längsten blieb dem Gewerbe des Henkers und Schinders ein Makel anhaften, aber auch dieser ist durch neuere Gesetze, denen freilich die Volksanschauung nicht immer entspricht, aufgehoben worden.

§. 18. Den aus dem römischen Recht bekannten zwei Arten der juristischen Personen, den Corporationen und Stiftungen, wird im deutschen Recht vielfach unter dem Namen der Genossenschaften eine eigene Art beigesellt, welcher man früher eine eigenthümliche Mittelstellung zwischen Corporationen und Societäten anwies, während sie neuerdings von Beseler als deutschrechtliche Corporationen oder als Corporationen, die nicht Gemeinden sind, definirt werden. Richtig ist, daß der Associationstrieb in Deutschland eine große Zahl von Gestaltungen hervorgerufen hat und noch täglich hervorruft, welche dem römischen Recht unbekannt waren und bei denen es häufig zweifelhaft ist, ob sie unter den Gesichtspunkt der Societät zu bringen oder als juristische Personen aufzufassen sind. Denselben ist charakteristisch, daß sie wesentlich dem Vortheil der einzelnen Mitglieder dienen, gleichwohl aber nach außen hin als Ganzes aufzutreten bestimmt sind.

§. 19. Eine hervorragende Stellung unter den juristischen Personen nehmen die Gemeinden ein. Sie sind einerseits von Wichtigkeit als Theile des staatlichen Verwaltungsorganismus, indem sie die kleinsten Bezirke bilden, in welche sich die Staatsverbindung gliedert. Zugleich aber sind die Gemeinden auch Corporationen und als solche Subjecte von Vermögensrechten. Sie haben, sofern sie direct zum Nutzen der einzelnen Mitglieder bestimmt sind, neben dem Staatszweck auch eigene Interessen und ein selbstständiges Leben. Historisch hat sich das Gemeindeleben sogar früher entwickelt, als der Staatsorganismus. Aus diesen beiden Gesichtspunkten ergibt sich einerseits das Interesse des Staats an dem Gemeindeleben, andererseits das Streben der Gemeinde nach Selbstständigkeit. Eine weise Gesetzgebung muß beide Interessen zu vereinigen suchen. Die Modalitäten, unter denen dies geschieht: die verschiedenen Gestaltungen der Gemeinde-

verfassung können hier übergangen werden, da sie weit mehr dem öffentlichen = als dem Privatrecht angehören.

§. 20. Auch die Zünfte (Innungen, Gilden) hatten früher eine ähnliche Doppelstellung, einerseits auf den Vortheil der Zunftangehörigen abzielend, andererseits als Bestandtheile des öffentlichen Lebens. Gegenwärtig haben sie ihre frühere Bedeutung zum größten Theil verloren, seitdem in ganz Deutschland der Zunftzwang beseitigt, mithin die Befugniß zum handwerksmäßigen Gewerbebetrieb nicht mehr ausschließlich den Mitgliedern der Zünfte eingeräumt und von den Vorschriften der Zunftordnungen unabhängig geworden ist. Soweit das Princip der Gewerbefreiheit zum Durchbruch gekommen ist, bestehen diese Verbände nur noch als freie Organisationen zu dem Zweck, die Erlernung des Handwerks zu fördern oder sonstige den Genossen nützliche Anstalten (Kranken=, Sterbekassen u. dgl.) zu unterhalten.

(§. 14.) Pütter, Unterschied der Stände, 1795. Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit, 1846. Heffter, Beiträge zum deutschen Staats= und Privat=Fürstenrecht, 1829, S. 1. Beseler, Erbvertr., II, 2, S. 1. Riccius, Zuverl. Entw. von dem landsässigen Adel in Deutschland, 1735. (§. 15.) Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters, 1866. Michaelis, Mosaisches Recht, 1775 — 1803. Saalschütz, Mosaisches Recht, 1853. Kaim in Weiske's Rechtslexicon, Bd. 5, S. 850. (§. 17.) Marezoll, Ueber bürgerliche Ehre, 1824. Das Historische siehe oben in der rechtsgeschichtlichen Entwickelung, S. 175. (§. 18.) Beseler, Deutsches Privatrecht, S. 251, und die das. Angeff. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, 1868. (§. 19.) Brater in Bluntschli's Staatswörterbuch, B. 4, S. 146 f. Gierke, a. a. O. S. 658. (§. 20.) Ortloff, Corpus juris opificiarii, 1820. Gierke, a. a. O. S. 916.

IV. Sachenrecht.

§. 21. Für das deutsche Sachenrecht hat die Eintheilung in bewegliche Sachen (fahrende Habe, tragendes, treibendes Gut) und Immobilien (liegendes, stehendes Gut, Eigen, Erbe) eine viel größere Wichtigkeit als im römischen Recht. Die Lehren vom Erwerb, Inhalt und Schutz der dinglichen Rechte bestimmen sich zum Theil nach verschiedenen Regeln, je nachdem die eine oder die andere Art von Sachen in Betracht kommt. Das Kriterium der Eintheilung finden die deutschen Quellen nicht immer in dem natürlichen Merkmal, daß eine Sache ohne Veränderung ihrer Substanz von einem Orte zum anderen transportirt werden kann, vielmehr wird häufig auf andere Eigenschaften, z. B. auf die größere oder geringere Dauerhaftigkeit oder auf die ökonomische oder rechtliche Bestimmung, gesehen. So wird nach vielen Rechten, „was die Fackel oder der Brand hinwegnimmt", z. B. hölzerne Häuser, zur Fahrniß gerechnet, während andererseits die an der Scholle haftenden eigenbehörigen Leute, das Wild im Walde, die Fische in den Teichen als Immobilien behandelt werden. Selbst auf unkörperliche Sachen (Rechte) wird die Eintheilung in der Weise ausgedehnt, daß entweder blos die an den Besitz von Grundstücken geknüpften Befugnisse oder auch die dinglichen Rechte an Grundstücken den Immobilien beigezählt werden.

§. 22. Der Begriff der res extra commercium findet zwar im deutschen Rechte keine unbedingte Anwendung, doch kennt dasselbe in ähnlicher Weise Sachen, deren Veräußerung untersagt oder bei denen dieselbe nur beschränkt zulässig ist. Auch die res sanctae des römischen Rechts haben eine Analogie in den befriedeten Sachen, deren Verletzung durch einen höheren Frieden, d. h. durch eine höhere Strafandrohung, geschützt ist, als die anderer Gegenstände. Dahin gehören z. B. Kirchen, Kirchhöfe, Ackergeräthschaften, Mühlen, Eisenbahnen, Telegraphen, Deiche.

Wichtig ist ferner auch für das deutsche Recht die Eintheilung in Hauptsachen und Pertinenzen. In Particularrechten wird häufig durch ausführliche Aufzählungen festgestellt, welche Sachen im Zweifel als Pertinenzen anzusehen seien. Die Pertinenzqualität kann auch unbeweglichen Sachen im Verhältniß zu unbeweglichen zukommen. Zuweilen sind da, wo das System der geschlossenen Bauergüter Anwendung findet, derartige Pertinenzen für untrennbar von der Hauptsache erklärt. Den Gegensatz hierzu bilden alsdann die fliegenden oder walzenden Grundstücke (Wandeläcker).

§. 23. Der Begriff des Eigenthums als der rechtlich anerkannten vollständigen Herrschaft über eine Sache ist dem deutschen Recht so wenig fremd, wie dem römischen. Dagegen ist der Ausdruck selbst erst neueren Ursprungs, die älteren Quellen haben nur Bezeichnungen für den Gegenstand des Rechts, nicht für das Recht selbst. Eine ungebührliche Ausdehnung des Eigenthumsbegriffes findet sich im Zusammenhang mit naturrechtlichen Anschauungen in den Gesetzbüchern des vorigen Jahrhunderts, welche an allem, was in bonis stehen kann, ein Eigenthum annehmen, mithin den Begriff des Eigenthums mit dem des Vermögensrechts überhaupt identificiren. So kennt das preußische Recht ein Eigenthum auch an Forderungen und die Cession ist nach demselben ein modus acquirendi dominii.

§. 24. In dem Begriff des Eigenthums liegt wesentlich ein negatives Element: die Exclusivität. Daraus folgt, daß nicht mehrere Personen an derselben ganzen Sache Eigenthum haben können. Diese Consequenz ist im römischen Recht streng festgehalten. Ein condominium plurium in solidum ist nach demselben nicht möglich. Die logische Begriffsentwickelung des römischen Rechts soll aber im deutschen Recht durch zwei positive Gestaltungen modificirt sein, deren Realität zu prüfen ist: das getheilte Eigenthum und das s. g. Gesammteigenthum, condominium juris Germanici. Hier zunächst von dem ersteren. Unter getheiltem Eigenthum versteht man nach einer seit den Glossatoren herkömmlichen Terminologie die Fälle, in denen aus dem Eigenthum umfassende Nutzungsrechte ausgeschieden und einem Andern übertragen sind, insbesondere die verschiedenen Arten des Leihens: die Leihe zu Lehnrecht, die bäuerlichen Leihen, die Bestellung zu Leibzucht u. dgl. Der Nutzungsberechtigte wird hier Unter- oder Nutzungseigenthümer (dominus utilis), derjenige, von dem er sein Recht ableitet, Obereigenthümer (dominus directus) genannt. Die Terminologie ist insofern verwirrend, als auf Seiten des s. g. Untereigenthümers kein wahres Eigenthum, sondern nur ein jus in re aliena vorhanden ist, dessen Inhalt durch jene Bezeichnung keineswegs näher bestimmt wird. Dennoch mag dieselbe, wenn man sich über die Bedeutung verständigt, in einzelnen Fällen, z. B. im Lehnrecht, mit Nutzen gebraucht werden.

§. 25. Das deutschrechtliche Gesammteigenthum umfaßt die Fälle, in denen mehreren Personen das Miteigenthum an derselben Sache zusteht, ohne daß der äußeren Erscheinung nach reelle oder selbst ideelle Antheile der Einzelnen hervortreten. Man pflegt hieher zunächst die Verbindung mehrerer Personen zu rechnen, die sich in einer engen Lebensgemeinschaft, namentlich durch das Sitzen auf demselben Grundstück, kundgibt, wo also, wie z. B. bei Ehegatten, Eltern und Kindern oder den Gesammthändern samende woninge und ungescheiden rock vorhanden ist, dann aber auch die Berechtigung der Mitglieder einer Genossenschaft (§. 19) an dem genossenschaftlichen Vermögen, der Antheil der Gemeindemitglieder an der Allmende, der Markgenossen an der gemeinschaftlichen Mark, der Mitglieder einer Actien- oder sonstigen Handelsgesellschaft an dem Vermögen derselben. In all' diesen Fällen ist das Recht des Einzelnen, auf Theilung zu dringen, beschränkt, in den meisten derselben ist ihm zugleich die Befugniß, auch nur über eine Quote des gemeinschaftlichen Vermögens zu disponiren, entzogen oder doch nur unter

erheblichen Einschränkungen gestattet. Darin besteht aber auch allein das Gemeinsame dieser Fälle. Bei genauerer Prüfung derselben wird man immer dazu gelangen, entweder ein Eigenthum der Einzelnen mit Quotentheilen oder das Eigenthum einer juristischen Person anzunehmen.

§. 26. Einer besonderen Hervorhebung bedarf unter den im vorigen Paragraph genannten Fällen die Berechtigung der Gemeindeglieder an der Allmende.[1]) Diese besteht aus den Theilen des Gemeindevermögens, dessen Nutzungen direct den einzelnen Mitgliedern zu gute kommen. Den Gegensatz bilden sowohl die Sachen, welche sich in publico usu befinden, wie Straßen, Plätze, öffentliche Anlagen, als auch das zur Bestreitung der Gemeindebedürfnisse bestimmte Kämmerei- oder Ortsvermögen. Der Ursprung der Allmende rührt daher, daß bei den Ansiedelungen in der Regel nicht die ganze Gemeindemarkung zum Sondereigenthum gezogen wurde, sondern daß gewisse Bestandtheile derselben, meist Wald und Wiese, gemeinsamer Benutzung vorbehalten blieben. Daraus ergibt sich, daß die Berechtigung zur Theilnahme an den Gemeindenutzungen ursprünglich mit der Mitgliedschaft in der politischen Gemeinde zusammenfallen mußte; wo sich aber die letztere über ihren anfänglichen Bestand hinaus erweitert hat, da ist häufig innerhalb der politischen eine besondere Nutzungs-, Real- oder Altgemeinde hervorgetreten, bei welcher die Theilnahme an besondere Bedingungen geknüpft ist. Die Frage, wer als Eigenthümer der Allmende anzusehen sei, läßt sich demnach schon wegen der Mannichfaltigkeit der concreten Entwickelungen nicht allgemein beantworten. Nicht immer steht dieselbe im Eigenthum der politischen Gemeinde, oft ist die Gemeinschaft der Nutzungsberechtigten nicht einmal mit corporativem Charakter ausgestattet. Stets aber sind die Nutzungsrechte jura singulorum, über welche die Gesammtheit ohne die Zustimmung der Berechtigten nicht verfügen darf. Noch complicirtere Gestaltungen ergeben sich, wenn dritten nicht zur Gemeinschaft gehörigen Personen Rechte auf die Allmende zustehen, was namentlich bei concurrirenden gutsherrlichen Berechtigungen der Fall ist.

Ein Anspruch auf Theilung der Allmende steht an sich den einzelnen Berechtigten nicht zu. Die größere Intensität der Landwirthschaft und die in Folge derselben hervortretenden Bedürfnisse haben indeß die neueren Gesetzgebungen zu einer Begünstigung der Gemeinheitstheilungen geführt. Nicht nur pflegt hiernach die Befugniß, auf Theilung zu dringen, den Berechtigten unter erleichterten Bedingungen eingeräumt zu sein, sondern es ist in der Regel auch ein eigenes Verfahren mit besonderen Behörden zur Bewirkung der Auseinandersetzung angeordnet und ein gesetzlicher Maßstab behufs Abfindung der Einzelnen festgestellt. Mit den Gemeinheitstheilungen sind häufig auch Verkoppelungen, d. h. Zusammenlegungen des in der Feldmark zerstreuten Grundeigenthums der Hofbesitzer, sowie Ablösungen von Servituten und Reallasten verbunden.

§. 27. Die Bedingungen für den Erwerb des Eigenthums richten sich im allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts, doch ergeben sich aus dem deutschen Recht einzelne Modificationen. Auf die Lehre von der Occupation hat einmal die Regalität gewisser Gegenstände Einfluß gehabt (vgl. unten §. 33), sodann ist vielfach der Gesichtspunkt maßgebend gewesen, daß bewegliche Sachen, die sich in dem Bereich (in den Geweren) eines Grundeigenthums befanden, als dessen Gewalt unterworfen gedacht wurden. Hierauf beruht zwar nicht das Ueberhangs- und Ueberfallsrecht, vermöge dessen der Eigenthümer eines Grundstücks die von den benachbarten Bäumen in seinen Luftraum überragenden Aeste sowie die übergefallenen Früchte sich aneignen darf. Dagegen scheint mit diesen Anschauungen das bereits früh durch Reichsgesetze verpönte Strand- und Grundruherecht zusammenzuhängen, nach welchem die Bewohner der Meeresküste

---

[1]) Gleichbedeutende Ausdrücke sind: Bürgervermögen, Gemeindenutzung, Gemeindebrauch.

und Flußufer sich das Eigenthum der gestrandeten Fahrzeuge und des Inhalts derselben anmaßten. Von der Occupation jagdbarer Thiere s. §. 34.

§. 28. In einer gewissen Verwandtschaft mit der Occupation steht das Finden, welches indeß nur dann mit derselben zusammenfällt, wenn sich der Fund auf herrenlose Sachen bezieht, bei blos verlorenen dagegen nach gemeinem Recht keinen Grund zum Eigenthumserwerb enthält. Die meisten Particularrechte schreiben jedoch vor, daß jeder Fund bei der Obrigkeit angezeigt werden solle. Demnächst erfolgt in der Regel ein öffentliches Aufgebot, welches, wenn sich Niemand meldet, den Eigenthumsübergang auf den Finder zur Folge hat. Meldet sich der Eigenthümer, so hat der Finder einen Anspruch auf Finderlohn. Bei unterlassener Anzeige und vollends bei verheimlichtem Funde ist der Thatbestand des Funddiebstahls vorhanden nach der Parömie: Fund verhohlen so gut wie gestohlen.

§. 29. Bei dem derivativen Eigenthumserwerb macht sich die Tendenz des deutschen Rechts geltend, die dinglichen Rechte möglichst erkennbar hervortreten zu lassen. Daher wird bei beweglichen Sachen ein Hauptgewicht auf den Besitzübergang gelegt, während bei unbeweglichen Sachen und Rechten die Erkennbarkeit durch das Institut der Auflassung (traditio, sala) gewährt wird. Dies ist ursprünglich eine öffentlich in feierlicher Form unter Anwendung von Symbolen und mit Zuziehung von Zeugen abgegebene Erklärung des Uebertragenden, daß er zu Gunsten eines Andern auf sein Recht verzichte (resignatio) und eine dem Verzicht entsprechende Annahme seitens des Erwerbers. Nach dem Sachsenspiegel konnte die Auflassung nur im echten Ding geschehen. In der späteren Entwickelung ist die Mündlichkeit und Symbolik des Actes immer mehr verschwunden und an deren Stelle die Eintragung in öffentliche Bücher (Grund-, Erbe-, Verlaßbücher) getreten. In dieser Gestalt hat sich die Auflassung nicht nur an vielen Orten dem römischen Recht gegenüber erhalten, sondern sie hat neuerdings das letztere sogar da, wo dasselbe bereits recipirt war, in immer weiterem Umfang wieder zurückgedrängt. Wo das der Auflassung zu Grunde liegende Princip am reinsten zum Ausdruck kommt, da kann nur durch den auf Grund der Willensübereinstimmung des bisherigen Eigenthümers und des Erwerbers bewirkten Vermerk in den öffentlichen Büchern das Eigenthum an Grundstücken übertragen werden. Die Tradition ist weder genügend noch erforderlich; ebenso wenig wird neben der Erklärung des abstracten auf Eigenthumsübertragung gerichteten Willens eine weitere causa erfordert. Häufig ist der Vermerk in den öffentlichen Büchern selbst in solchen Fällen für nothwendig erklärt, in denen die alte Auflassung überhaupt nicht angewendet wurde, z. B. beim Erbgang, der Adjudication u. dgl.

§. 30. Die Lehre vom Fruchterwerb wird im deutschen Recht dadurch modificirt, daß die Früchte unbeweglicher Sachen dann als erworben gelten, wenn sie verdient sind, d. h. sobald die zu ihrer Gewinnung nöthige menschliche Arbeit gethan ist. So gelten Ackerfrüchte dann als verdient, wenn die Egge über das Land gegangen ist. Der Gesichtspunkt des Verdienens wird auch auf fructus civiles wie Zinsen und Zehnten angewendet und es ergibt sich hieraus ein dem römischen Recht unbekannter Gegensatz zwischen Natural- und Industrialfrüchten.

§. 31. Die Rechtsmittel zum Schutz des Eigenthums beruhen hinsichtlich der Immobilien auf den Grundsätzen des römischen Rechts; in Betreff der fahrenden Habe dagegen sind dieselben, wenn auch nicht gemeinrechtlich, so doch nach vielen Particularrechten durch deutsch-rechtliche Anschauungen modificirt. Das ältere deutsche Recht gewährt zur Verfolgung beweglicher Sachen die Anefangsklage, die mit der körperlichen Ergreifung des beanspruchten Gegenstandes beginnt und gegen jeden Dritten angestellt werden kann, aber nur dann zulässig ist, wenn es sich um die Zurückforderung ge-

Digitized by Google

stohlener, geraubter oder doch wider den Willen des bisherigen Besitzers aus dessen Gewahrsam entkommener Sachen handelt. Die in den Quellen neben derselben erwähnte schlichte Klage oder Forderung enthält einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe einer Sache und kann daher nur gegen den geltend gemacht werden, dem gegenüber ein solcher Anspruch besteht. Im Zusammenhang hiermit hat die Entwickelung des materiellen Rechts zu dem Grundsatz Hand muß Hand wahren geführt, demzufolge der Anspruch auf Herausgabe beweglicher Sachen einem dritten Besitzer gegenüber nur unter denselben Voraussetzungen geltend gemacht werden kann, unter denen früher die Anefangsklage gegeben war, wogegen Demjenigen, der eine Sache freiwillig aus seiner Hand gelassen und einem Andern anvertraut hat, ein Rückforderungsrecht nur gegen seinen unmittelbaren Nachmann zusteht. In den Particularrechten hat indeß dieser Grundsatz zum Theil sehr abweichende Gestaltungen erhalten.

§. 32. Das Eigenthum macht wie jedes Recht Anspruch auf den Schutz des Staates. Wenn in neueren Verfassungsurkunden und Grundgesetzen die Unverletzlichkeit gerade dieses Rechts zuweilen besonders hervorgehoben wird, so geschieht dies, weil dasselbe das vorzüglichste unter allen Vermögensrechten ist und weil mit einem solchen Satze zugleich die Achtung des Staates vor der Vermögenssphäre des Einzelnen überhaupt in feierlicher Form ausgesprochen ist. Trotz seiner Unverletzlichkeit aber muß das Eigenthum unter Umständen dem öffentlichen Interesse weichen. Wo es sich um Maßregeln für das allgemeine Beste handelt, die entweder durch eine dringende Nothwendigkeit geboten oder durch eine überwiegende Nützlichkeit motivirt sind, darf der Einzelne nicht auf die Abgeschlossenheit des Privatrechts sich steifend, denselben hindernd in den Weg treten, sondern kann gezwungen werden, sich seines Eigenthums zu entäußern, soweit dies zur Ausführung derartiger Maßregeln erforderlich ist. Dies ist der Fall der Zwangsenteignung oder Expropriation, wobei es sich meist um die Abtretung von Grund und Boden handelt, obwohl eine solche Beschränkung in dem Begriff selbst nicht liegt. Als Expropriant tritt entweder der Staat unmittelbar auf oder er überträgt die Befugniß hierzu den Unternehmern nothwendiger oder nützlicher Anlagen; letzteres geschieht entweder vermittelst besonderen Privilegs oder kraft einer allgemeinen Regel für alle Anlagen einer gewissen Art, z. B. für Eisenbahnen oder Chausseen. Stets aber wird erfordert, daß der Expropriant dem Expropriaten volle Entschädigung gewähre. Der Zwangsenteignung geht in der Regel ein Vorverfahren voraus, welches in dieser Hinsicht eine gütliche Einigung zu erzielen trachtet. Führt dasselbe zu keinem Resultat, so wird gewöhnlich die Enteignung selbst im Administrativverfahren bewirkt, während über die Höhe der Entschädigung der Rechtsweg offen gelassen zu sein pflegt.

§. 33. Eine Einwirkung des Staates auf das Eigenthum nach einer anderen Richtung ergibt sich aus dem Begriff der Regalität. Dieser Begriff hat seine historische Grundlage in einer dem Mittelalter eigenthümlichen Vermischung zwischen dem Gebiet des öffentlichen und des Privatrechts. Es handelt sich dabei um Berechtigungen, die ursprünglich dem deutschen Könige zustanden und später in verschiedenem Umfange auf die Landesherren übergegangen sind. Man machte in Betreff dieser Berechtigungen früher keinen scharfen Unterschied zwischen den Fällen, wo staatliche Hoheitsrechte zu Grunde lagen, und denen, wo der Staat oder gar die Person des Regenten als Träger von Vermögensrechten in Betracht kamen. Erst in der Folge unterschied die Theorie zwischen den mit dem Wesen des Staates untrennbar verbundenen höheren und den hauptsächlich als Quelle von Vermögenseinkünften dienenden niederen Regalien (regalia essentialia s. majora und regalia accidentalia s. minora). Das Privatrecht hat allein die letzteren zu berücksichtigen. Zu denselben gehört insbesondere die dem Staat ausschließlich zu-

stehende Befugniß, sich gewisse Gegenstände anzueignen und dieselben dem Eigenthum zu unterwerfen. Privatpersonen können die niederen Regalien kraft besonderer Verleihung oder durch unvordenkliche Verjährung erwerben. Immer aber ist in diesen Fällen das Recht der Privatpersonen in der Weise als ein vom Staat abgeleitetes zu betrachten, daß das Regal selbst dem Staat verbleibt und den Privatpersonen nur die Ausübung zusteht. Eine gemeinrechtliche Bedeutung hat die Lehre von der Regalität nicht, auch ist das Bestreben der Gegenwart auf eine Beseitigung der Regalien überhaupt gerichtet. Doch sind die aus der geschichtlichen Entwickelung sich ergebenden Gesichtspunkte noch immer von Wichtigkeit und deshalb auch bei einer Darstellung des heutigen Rechts nicht außer Acht zu lassen. Unter den einzelnen Regalien sollen nachfolgend als die wichtigsten das Jagdregal, das Wasserregal, das Salz- und Bergregal hervorgehoben werden.

§. 34. Das Jagdregal ist aus dem Bann hervorgegangen, mit welchem die Könige zuerst ihre eigenen, dann auch andere Waldungen belegten und kraft dessen alle Personen, denen nicht die Befugniß dazu vom Könige verliehen war, von der Ausübung der Jagd in diesen Waldungen bei Strafe des Königsbannes (60 Schillinge) ausgeschlossen waren. Die Bezirke, auf welche sich dies Verbot bezog, hießen Forsten oder Bannforsten (forestare = abschließen). Soweit keine Einforstung stattgefunden hatte, stand die Berechtigung zur Occupation der jagdbaren Thiere dem Eigenthümer des Grund und Bodens als Ausfluß des Grundeigenthums zu. Nach der Ausbildung der Landeshoheit nahmen die Landesherren das Jagdrecht vielfach für ihr ganzes Gebiet als Regal in Anspruch, wobei freilich häufig ein Unterschied zwischen hoher, mittlerer und niederer Jagd gemacht wurde und eine Beschränkung der Regalität auf die erstere oder doch eine Freigebung der letzteren stattfand. Auch nahmen in der Regel die Besitzer von adeligen oder Rittergütern in dieser Beziehung eine eximirte Stellung ein, indem ihnen das Jagdrecht nicht nur für ihren Grund und Boden, sondern auch für das Gebiet ihrer Hintersassen verliehen war. Die hierdurch bewirkte Trennung des Jagdrechts vom Grundeigenthum hatte mannichfaltige Beschwerden für die bäuerlichen Besitzer zur Folge. Nicht nur mußten dieselben den Berechtigten das Betreten ihrer Grundstücke gestatten, sondern sie durften auch selbst innerhalb ihres Gebietes das Wild nicht in waidmännischer Weise erlegen Die Befugniß, das Wild von ihren Feldern abzuhalten, war ihnen allerdings in der Regel zugestanden, auch wurde ihnen bei der Hegung eines übermäßigen Wildstandes seitens des Berechtigten ein Anspruch auf Ersatz des Wildschadens gewährt, dies beides aber bot nur eine unvollkommene Abhülfe dar. Das Drückende und Beschwerliche jener Berechtigungen wurde noch vermehrt durch das Recht zur Jagdfolge, vermöge dessen der Jagdberechtigte das angeschossene Wild in ein fremdes Jagdrevier verfolgen durfte, durch zahlreiche Jagdfrohnden, zu welchen die Bauern den Grundherren verpflichtet waren, sowie durch die dem Volksbewußtsein widerstrebenden, oft übermäßig hohen Strafen des Wilddiebstahls. Auf Grund ähnlicher Uebelstände wurde in Frankreich gleich im Beginne der ersten französischen Revolution die dringende Forderung nach einer Beseitigung der Jagdberechtigungen aufgestellt, derselben entsprach ein Gesetz von 1790. In Deutschland kam, abgesehen von den Gebieten, in denen französisches Recht galt, diese Forderung erst in Folge der Bewegungen des Jahres 1848 zur Geltung. Seitdem sind hier in verschiedenen Staaten eine Reihe von Gesetzen erlassen worden, welche die Jagdrechte auf fremdem Grund und Boden, theils mit, theils ohne Entschädigung aufgehoben und die Constituirung solcher Berechtigungen für die Zukunft untersagt haben. Demnach gilt gegenwärtig in dem größten Theil von Deutschland wiederum der ursprüngliche Grundsatz des deutschen Rechts, wonach das Jagdrecht Ausfluß und Zubehör des Grundeigenthums ist. Zwar sind auch jetzt noch dem Grundeigenthümer bei Ausübung der Jagd Beschränkun-

gen auferlegt, allein diese Beschränkungen sind lediglich polizeilicher Natur und meist in eigenen Jagdpolizeigesetzen enthalten. Hervorzuheben ist aus denselben namentlich, daß die Grundeigenthümer, welche die Jagd auf ihren Grundstücken ausüben wollen, einen Flächeninhalt von bestimmter Größe besitzen müssen, der überdies in sich zusammenhängen muß, d. h. nicht durch fremde Grundstücke unterbrochen sein darf. Allen übrigen Grundbesitzern steht die Befugniß zur selbstständigen Ausübung der Jagd nicht zu; sie werden vielmehr zu Jagdgenossenschaften vereinigt, die in ihrer Gesammtheit darüber zu bestimmen haben, ob die Beschießung des Jagdreviers zum Besten der Betheiligten durch angestellte Jäger stattfinden, ob die Jagd ganz ruhen oder ob sie auf gemeinschaftliche Rechnung verpachtet werden soll.

Andere Vorschriften gleichfalls polizeilicher Natur betreffen die Schon- und Hegezeiten, durch welche eine gänzliche Vernichtung des Wildstandes verhütet werden soll. Ferner wird gewöhnlich von Jedem, der die Jagd ausüben will, eine gewisse persönliche Zuverlässigkeit insofern gefordert, als die Jagdausübung Niemandem gestattet wird, von dem man sich eines unvorsichtigen oder gefährlichen Umgehens mit dem Feuergewehr zu versehen hat.

§. 35. Neben dem Jagdregal ist häufig ein eigenes Forstregal angenommen worden. Existirte ein solches, so würden im Bereiche desselben Eigenthum und Nutzungen an Waldungen durch Privatpersonen nur in derselben Weise wie andere Regalien erworben werden können. Ein eigentliches Forstregal ist indeß nirgends nachzuweisen. Durch die Einforstungen wurden die Eigenthumsverhältnisse der Waldungen an sich nicht verändert. Dagegen kommt in dieser Hinsicht Folgendes in Betracht: a) die großen Waldungen bildeten namentlich früher häufig ein Gemeingut der Markgenossenschaften, so daß nur die Nutzungsrechte im Privateigenthum der einzelnen Genossen standen, die Art der Nutzung aber durch Vorschrift und Controle der Gesammtheit geregelt wurde. Diese Markgenossenschaften sind mit den großen Waldungen, selbst in neuerer Zeit mehr und mehr verschwunden und kommen gegenwärtig nur noch vereinzelt vor. b) Auch bei dem Waldeigenthum zeigt sich der Einfluß der Gutsherrlichkeit. Der Gutsherr hat häufig Nutzungs- und Aufsichtsrechte an den Gemeindewaldungen, ebenso stehen oft den Bauerschaften Berechtigungen an den im Eigenthum der Gutsherrschaft befindlichen Waldungen zu (vgl. §. 49). Mit der Regulirung der gutsherrlich bäuerlichen Verhältnisse sind jedoch diese Beziehungen seltener geworden. c) In vielen Particulargesetzen sind Bestimmungen getroffen, die auf Grund der Forsthoheit die Benutzung der Privatwaldungen regeln. Diese Bestimmungen haben den Zweck, die Waldcultur zu fördern und Devastationen vorzubeugen. Einzelne Gesetzgebungen, wie z. B. die preußische, haben dagegen, von richtigeren wirthschaftlichen Gesichtspunkten geleitet, alle auf diesen Rücksichten beruhenden Beschränkungen des Eigenthums aufgegeben. Nur dadurch, daß die Bildung freier Verbände (Waldgenossenschaften) begünstigt wird, sucht hier der Staat auf die Hebung der Forstwirthschaft einzuwirken.

§. 36. In ähnlicher Weise wie die Bannforsten entstanden auch Bannwässer, doch hat sich ein Wasserregal, soweit ein solches überhaupt vorkommt, regelmäßig nur in Betreff der öffentlichen, d. h. nach deutschem Recht der in irgend einem Theil ihres Laufes schiffbaren Flüsse (flumina navigabilia vel ex quibus fiunt navigabilia) ausgebildet. Die Regalität zeigt sich hier insbesondere darin, daß die insula in flumine publico nata dem Staat zufällt, sowie in der Ausschließung der Privatpersonen von der Fischerei in öffentlichen Gewässern. Alles, was man hier sonst in der Folge der Regalität anzuführen pflegt: die Beaufsichtigung und Besteuerung der Schiffahrt und Flößerei, die Untersagung der Wildflößerei, d. h. des Flößens mit unverbundenen Hölzern ohne Ge-

nehmigung, das Erforderniß einer Concession für das Halten öffentlich benutzbarer Fähren und Prahme, sowie für die Benutzung des Wassers zu Mühlen, Triebwerken und ähnlichen Anlagen gehört richtiger unter den Gesichtspunkt der Staatshoheitsrechte.

§. 37. Vollends nur aus diesem Gesichtspunkt läßt sich die Einwirkung des Staats auf die Benutzung der Privatflüsse rechtfertigen. Die Eigenthumsverhältnisse an Privatgewässern bieten insofern eigenthümliche Schwierigkeiten dar, als die Beweglichkeit der Wasserwelle vermöge ihrer physischen Natur der Ausschließlichkeit des Eigenthums widerstrebt. Ein die Gebiete mehrerer Uferbesitzer berührender Privatfluß steht in den verschiedenen Theilen seines Laufes im Eigenthum der verschiedenen Anlieger, während für die einander gegenüberliegenden Uferbewohner die Eigenthumsgrenze durch die Mitte des Flußbettes gebildet wird. In Folge dessen sind Collisionen mannichfacher Art möglich, um so häufiger, je mehr sich neuerdings die Verwendung des Wassers zu gewerblichen und landwirthschaftlichen Zwecken gesteigert hat. Die Normirung solcher Collisionsfälle ist eine Hauptaufgabe der neueren Wassergesetze. Im allgemeinen ist in dieser Hinsicht der Grundsatz maßgebend, daß jeder Uferbesitzer berechtigt ist, das an seinem Grundstück vorbeifließende Wasser zu benutzen und zu diesem Zweck Anlagen zu machen, daß jedoch Niemand durch seine Benutzung das gleiche Recht der Nachbaren gefährden darf. Deshalb ist es verboten, das Wasser durch das Hineinwerfen schädlicher oder giftiger Stoffe dauernd zu verderben, Anlagen zu machen, die einen Rückstau zur Folge haben oder eine Versumpfung oder Ueberschwemmung der Nachbargrundstücke veranlassen würden. Aus demselben Grunde pflegt vorgeschrieben zu sein, daß wenn Jemand das Wasser durch Röhren oder Canäle aus seinem Bette ableitet, noch innerhalb desselben Gebietes eine Rückleitung stattfinden muß. Bei der Benutzung des Wassers zu Mühlen und Triebwerken ist vorzugsweise die Höhe des Wasserstandes von Wichtigkeit, welchen der Einzelne in Anspruch nehmen darf. Die Feststellung desselben erfolgt durch die Setzung des Merk- oder Aichpfahles; dabei sind zunächst erworbene Rechte zu berücksichtigen; soweit solche nicht nachgewiesen werden können, ist die möglichste Vereinigung der verschiedenen Interessen anzustreben. Ueber das Verfahren enthalten die neueren Gesetze in der Regel ausführliche Bestimmungen.

Die Fischerei in Privatgewässern steht den Eigenthümern zu, doch müssen sich dieselben hierbei den Vorschriften unterwerfen, welche im Interesse der Fischzucht in den Fischereiordnungen enthalten zu sein pflegen.

§. 38. Hervorzuheben ist noch die große Bedeutung des Wassers für landwirthschaftliche Zwecke. Diese Bedeutung ist sowohl eine positive wie eine negative. Es gilt, einerseits das Wasser zur Hebung der Bodencultur zu benutzen, andererseits die schädlichen Einflüsse desselben abzuwehren. Von den Deichen, die in letzterer Beziehung in Betracht kommen, s. §. 39. Hier sind zu erwähnen die Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen, die schon seit langer Zeit in den norditalischen Ebenen bekannt, in Frankreich und Deutschland erst in neuerer Zeit mit dem Fortschritt der Landwirthschaft größere Bedeutung erlangt haben. Solche Anlagen können in der Regel nicht von einem Grundbesitzer unternommen werden, weil dazu die Benutzung fremden Grund und Bodens erforderlich ist, auch liegen dieselben meist im Interesse einer Mehrheit von Grundbesitzern. Daher sind hier die Bedingungen für genossenschaftliche Vereinigungen gegeben. Die frühesten Verbindungen dieser Art, welche sich in Deutschland finden, sind die in den Marschen vorkommenden Sielgenossenschaften oder Sielachten. Sie haben den Zweck, die Versumpfung der Grundstücke durch Abzugsgräben (Siele) zu verhüten. Allgemeinere Anwendung haben derartige Genossenschaften in Folge der neueren Gesetzgebung gefunden. Man unterscheidet gegenwärtig Genossenschaften, die den Zweck der Bewässerung oder Berieselung haben (Meliorations-, Wiesengenossenschaften) und Verbände zum Behuf der Entwässerung. Die

Bildung von Genossenschaften zu den gedachten Zwecken ist in den Gesetzen besonders begünstigt: a) dadurch, daß alle Grundbesitzer, denen das beabsichtigte Unternehmen Vortheil bringt, zum Beitritt gezwungen werden können; b) daß ein freiwilliger Austritt einzelner Grundeigenthümer nicht gestattet ist; c) daß der Genossenschaft das Expropriationsrecht verliehen ist. Doch sind von diesen Vergünstigungen die Verbindungen zu Drainageanlagen häufig ausgeschlossen; so ist z. B. in Preußen die Bildung derartiger Verbände lediglich auf den Weg der freien Vereinbarung verwiesen.

§. 39. Die zum Schutz gegen Ueberschwemmungen dienenden Deiche sind seit Alters unter den Schutz eigener Verbände (Deichgenossenschaften, Deichachten) gestellt, denen die interessirten Grundbesitzer beizutreten verpflichtet sind. Die Leitung der Genossenschaft, welche in der Regel die Rechte einer juristischen Person hat, erfolgt meist durch selbstgewählte Vorsteher (Deichgrafen, Deichgeschworne) unter Theilnahme der einzelnen Deichgenossen oder von Vertretern derselben (Deichschöffen). Die Pflicht zur Unterhaltung des Deiches ist eine Reallast; deichpflichtig sind nur diejenigen Grundstücke, denen der Deich Schutz gewährt. „Kein Land ohne Deich, kein Deich ohne Land." Nur in Fällen einer außerordentlichen Gefahr kann auch von anderen Personen eine Nothhülfe beansprucht werden. Aus der Natur der Deichpflicht als einer Reallast folgt, daß, wer sich derselben entziehen will, den Besitz des verpflichteten Grundstücks aufgeben muß. „Wer nicht will deichen, der muß weichen." Dies geschah und geschieht noch zum Theil symbolisch dadurch, daß man einen Spaten in das Land steckt. Wer denselben herauszieht, erwirbt das Land mit der Deichlast. Dies ist das s. g. Spatenrecht. Die Unterhaltung des Deiches geschieht entweder nach dem System der Pfanddeichung, wobei den einzelnen Mitgliedern der Genossenschaft einzelne Theile des Deiches (Pfänder, Lose) überwiesen werden, für welche dieselben zu sorgen haben, oder nach dem System der Communionsdeichung, nach welchem die Genossenschaft selbst für die Erhaltung des Deiches sorgt und nur Geldbeiträge auf ihre Angehörigen ausschreibt.

§. 40. Das Bergwerkseigenthum scheint in Deutschland ursprünglich als Zubehör des Grund und Bodens angesehen und den Grundeigenthümern zugesprochen worden zu sein. Seit dem elften Jahrhundert jedoch machte sich das Princip der Regalität in immer weiterem Umfange geltend, wenngleich nicht ohne Widerstand zu finden. Die Goldene Bulle überließ das Bergregal den Kurfürsten in dem bisher hergebrachten Maße (prout possunt seu consueverunt talia possidere). Auf einer weiteren Stufe der Entwickelung eigneten sich auch die übrigen Landesherren dasselbe an. Soweit das Bergregal noch besteht, können Privatpersonen das Bergwerkseigenthum nur durch eine Verleihung seitens des Staats erwerben. Hierbei ist regelmäßig das Princip der Bergbaufreiheit maßgebend. Diesem Princip zufolge hat der erste Finder eines Minerals einen Anspruch darauf, die Verleihung vom Staat zu erhalten. Mit geringen Beschränkungen ist es Jedermann gestattet, selbst auf fremdem Grund und Boden zu schürfen, d. h. nach Mineralien zu suchen und die hierzu erforderlichen Arbeiten vorzunehmen, vorausgesetzt, daß er einen Schürfschein gelöst hat. Findet er eine Lagerstätte, so muß er die Muthung vornehmen, d. h. die Verleihung des Bergwerkeigenthums bei der Bergbehörde nachsuchen. Dieselbe erfolgt meist in der Weise, daß die Grenzen des Grubenfeldes in auf der Erdoberfläche gezogenen Vierecken bemessen werden (nach geviertem Felde, Vierung), während die Tiefe unbegrenzt ist (bis in die ewige Teufe). Die Beleihung gewährt das Recht zum Abbau derjenigen Mineralien, für welche sie ertheilt ist. Der Abbau kann durch Eigenlöhner, d. h. solche, die mit eigener Hand arbeiten oder durch Gewerkschaften geschehen. Letztere sind Vereinigungen einer größeren Zahl von Theilnehmern, Gewerken genannt, deren Antheile, Kuxen, frei vererblich und veräußerlich sind. Nach den älteren

Bergordnungen zerfällt die Zeche (das Bergwerkseigenthum) gewöhnlich in 128 Kuxe. Jeder Kux repräsentirt einen ideellen Antheil des Bergwerkeigenthums und gilt mithin wie die Zeche selbst als unbewegliche Sache. Die Uebertragung und Verpfändung derselben richtet sich daher nach den für Immobilien geltenden Grundsätzen. Die betreffenden Rechtshandlungen werden in ein öffentliches Buch eingetragen, welches zuweilen von den Gerichten, zuweilen von der Bergbehörde geführt wird und den Namen Berghypothekenbuch, Gegenbuch, liber metallicus zu tragen pflegt. — Man unterscheidet Zechen, die sich in Ausbeute und solche, die sich in Zubuße befinden, je nachdem dieselben einen Gewinn abwerfen oder einen Zuschuß erfordern. Zu derartigen Zuschüssen sind die einzelnen Gewerken verpflichtet, wenn sie nicht in das Retardat gesetzt und demnächst eine Kaducirung, d. h. einen Verlust ihrer Kux erleiden wollen. Die Gewerkschaft selbst ist dem Staat gegenüber verpflichtet, den Bergbau ordnungsmäßig zu betreiben und die Grube in bauwürdigem Zustand zu erhalten. Sie darf den Betrieb nicht einstellen oder ruhen lassen. Geschieht dies, so kann die Grube nach vorgängiger Untersuchung (Freifahrung) und richterlicher Entscheidung wieder ins landesherrliche Freie versetzt werden. Sie fällt damit wiederum der Regalität des Staates anheim und kann von demselben aufs neue verliehen werden.

Der Vertreter der Gewerkschaft nach außen heißt Gewerkschaftsrepräsentant, während die technische Verwaltung von dem Schichtmeister geleitet wird. Zuweilen werden beide Functionen von derselben Person versehen, zuweilen bestehen dagegen noch besondere Lehnsträger zur Wahrnehmung der der Gewerkschaft gegen die Behörden obliegenden Verpflichtungen.

Die Gewerkschaft ist nach den ältern Bergordnungen keine juristische Person, sondern eine Societät, die freilich dem römischen Recht gegenüber mannichfache Besonderheiten zeigt.

Die in der Regel für größere Districte gegründeten Vereine der Bergleute (Knappschaften) haben vorzugsweise den Zweck, für die Unterhaltung von Schulen, Kranken- und Sterbekassen und anderen gemeinnützigen Anstalten zu sorgen.

§. 41. In neuerer Zeit ergangene Berggesetze haben an den hier dargestellten Grundsätzen mehrfach geändert. Die wichtigsten Aenderungen sind folgende: Der Standpunkt der Regalität ist häufig ganz aufgegeben, die Befugniß des Staates zur Einwirkung auf den Bergbetrieb wird lediglich auf die Hoheitsrechte gegründet. Der Gewerkschaft ist der Charakter einer juristischen Person gewährt, Vertretungsorgan derselben ist entweder ein einzelner Repräsentant oder ein collegialisch zusammengesetzter Grubenvorstand. Die Kuxe sind mobilisirt, d. h. nur das Bergwerkseigenthum selbst gilt als unbewegliches, der einzelne Kux dagegen als ein bewegliches Recht, welches sich für den Verkehr in dem der Actie analogen Kurscheine darstellt. Dabei ist meist auch die alte Eintheilung in 128 Kuxe beseitigt und an deren Stelle eine bequemere Decimaltheilung (100 oder 1000 Kuxe) gesetzt worden.

§. 41 a. Auch die Salzgewinnung, sowohl von Steinsalz wie aus Soolquellen ist in den Bereich der Regalität gezogen worden. In neueren Gesetzen wird Privatpersonen die Befugniß hierzu nach bergrechtlichen Grundsätzen verliehen, während früher in dieser Hinsicht vielfach eigenthümliche Regeln Platz griffen und namentlich die Freierklärung des Bergbaues auf die Anlegung und Ausbeute eines Salzwerkes keine Anwendung fand. Die Privateigenthümer von Salzwerken, die ihr Recht nicht von einer Beleihung ableiten, führen den Namen Salzjunker oder Salzbeerbte. Genossenschaften behufs eines derartigen Betriebes pflegen Pfännerschaften, die Antheile der Einzelnen Pfannen oder Kothen genannt zu werden.

Von dem Recht zur Salzgewinnung ist die Befugniß zum Verkauf des Salzes zu unterscheiden.

§. 42. Die hervorragende Bedeutung, welche nach den Anschauungen des deutschen Rechts dem Eigenthum am Grund und Boden zukommt, kann noch durch besondere Berechtigungen gesteigert werden. So sind die Besitzer von Rittergütern mit Vorrechten theils publicistischen, theils privatrechtlichen Inhalts ausgestattet. Ihren Grund haben dieselben einerseits darin, daß der Ritterschaft als Entschädigung für den von ihr zu leistenden reisigen Dienst Befreiung von öffentlichen Lasten und Abgaben zugesichert wurde, andererseits in der Schutzgewalt (Vogtei), welche die Besitzer solcher Güter über die umwohnenden bäuerlichen Besitzer erlangten. Diese Schutzgewalt ist der Ursprung der Gutsherrlichkeit, von der im vorigen Paragraph die Rede war. Im Gegensatz hierzu heißen Sattel- oder Sedelhöfe Güter, die von den gutsherrlichen Lasten frei sind, ohne zu den Rittergütern zu zählen. In neuester Zeit sind die Vorrechte zum Theil beseitigt worden.

§. 43. Die große Wichtigkeit des Grundeigenthums bewirkte ferner, daß man bestrebt war, dasselbe der Familie zu erhalten. Dies Bestreben fand einen rechtlichen Ausdruck in dem Beispruchsrecht der nächsten Erben, nach welchem die Veräußerung von Immobilien außer im Fall der echten Noth an den Consens der Erben gebunden und wenn ohne denselben vorgenommen, von ihnen angefochten werden konnte. Gegenwärtig ist die freie Veräußerungsfähigkeit der Grundstücke die Regel geworden; soweit die Rechte der Erben noch fortwirken, machen sie sich in der abgeschwächten Form des Retracts (§. 56) geltend, nur bei den Stammgütern des hohen und niederen Adels und in einzelnen particularrechtlichen Instituten besteht die alte Unveräußerlichkeit noch in ihrer früheren Kraft fort.

§. 44. Das Interesse an der Erhaltung eines guten Vermögensstandes für die Familie kann auch durch Privatdispositionen gesichert werden. Dies ist der Fall bei dem Familienfideicommiß, einem Institut, welches durch die Doctrin aus dem römischen fideicommissum familiae relictum hergeleitet worden ist, im wesentlichen aber auf den durch die deutsche Rechtssitte dargebotenen Grundlagen beruht. Ein Familienfideicommiß ist vorhanden, wenn Jemand gewissen Gegenständen die Unveräußerlichkeit in der Weise beilegt, daß dieselben sich innerhalb einer Familie von Generation zu Generation nach einer bestimmten Successionsordnung bis zu deren Aussterben vererben sollen. Die Errichtung eines Familienfideicommisses steht gemeinrechtlich Jedermann frei, wenn sie auch vorzugsweise innerhalb des Adels vorkommt. Gegenstand desselben sind in der Regel unbewegliche Sachen, beweglichen Sachen, wie z. B. Capitalien (Geldfideicommiß) muß durch Radicirung auf Grund und Boden eine Gewähr der Dauer verliehen sein. Particularrechte schreiben häufig ein Maximum und Minimum des Werthes vor. Der Act der Errichtung kann ein Geschäft inter vivos oder mortis causa, ein Vertrag oder eine einseitige Erklärung sein, die gewöhnlichsten Begründungsarten sind Testament, Erbvertrag oder Stiftung. In der Regel wird landesherrliche Bestätigung und sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, Eintragung der Fideicommißqualität ins Hypothekenbuch erfordert. Eigenthümer des Fideicommisses ist der jeweilige Fideicommißfolger, doch ist er in den Verfügungen über die Substanz durch die Rechte der Anwärter beschränkt. Erst der letzte seines Geschlechtes kann mit dem Fideicommißgut frei schalten. Zuweilen ist gegen die juristische Consequenz die Umwandlung der Familienfideicommisse in freies Eigenthum für zulässig erklärt. Neuere Gesetzgebungen haben das Institut bisweilen gänzlich beseitigt.

§. 45. Unter den Rechten an einer fremden Sache nähert sich dem Eigenthum am meisten das Recht des Vasallen am Lehn. Lehn (feudum, beneficium) ist ein Gut, welches in der Weise hingegeben wird, daß die Substanz des Rechts bei dem Verleihenden (Lehnsherrn) verbleibt, der Beliehene (Vasall) dagegen zur Lehnstreue und

zu Lehnsdiensten verpflichtet wird. Ursprünglich bestand die dingliche und persönliche Seite des Verhältnisses unabhängig von einander, doch entwickelte sich schon frühzeitig der Begriff der s. g. fidelitas realis, wonach das persönliche Band nur insofern wirksam war, als zugleich die Beleihung mit einem Gute stattfand. Im Mittelalter bildete das Lehnswesen eine Hauptgrundlage der Kriegsverfassung wie des Staatsverbandes überhaupt, nach dem Verschwinden dieser politischen Bedeutung ist das Institut mehr und mehr in Verfall gerathen und gegenwärtig nur noch in Ueberresten vorhanden. In diesen aber gehört dasselbe, obwohl von keiner großen Lebensfähigkeit, noch immer dem praktischen Recht an.

Das deutsche Lehnrecht entwickelte sich ursprünglich in den Rechtsweisungen der Mannengerichte. Dazu kamen umfassendere Darstellungen in den Rechtsbüchern sowie Bestimmungen der Reichs- und Territorialgesetzgebung. Ziemlich gleichzeitig mit dem römischen Recht sind auch die in der Lombardei entstandenen libri feudorum bei uns recipirt worden, der Inhalt derselben bildet jetzt die Grundlage des gemeinen Lehnrechts, doch bestehen neben demselben vielfach particulare Normen, welche theils auf einen älteren einheimischen Ursprung zurückzuführen sind, theils auf neueren Gesetzen beruhen.

§. 46. Gegenstand eines Lehns können unbewegliche Sachen und Rechte sein, letztere insofern sie einer dauernden Ausübung fähig sind. Die Fähigkeit, ein Lehn zu errichten, zu welcher früher mindestens Ritterbürtigkeit erfordert wurde, ist gegenwärtig nicht mehr an einen bestimmten Stand gebunden, doch schließen auch jetzt noch von dem Erwerb des Lehns regelmäßig solche Eigenschaften aus, die ursprünglich eine Untauglichkeit zur Leistung der Lehnsdienste herbeiführten, indeß kann hiervon seitens des Lehnsherrn dispensirt werden. Die ordentliche Begründungsart des Lehnsverhältnisses ist die Investitur, eine der Auflassung entsprechende Form der Rechtsübertragung, bei welcher der Vasall dem Herrn den Treueid (homagium, Hulde, Mannschaft) leisten mußte, die hierdurch begründeten Rechte des Lehnsherrn werden unter dem Ausdruck Lehnsherrlichkeit begriffen. Sie bestehen a) in dem Anspruch auf Lehnstreue. Dieselbe umfaßt die Verpflichtung des Vasallen, alle dem Herrn nachtheiligen Handlungen zu unterlassen, sowie in der Obliegenheit zur Leistung einer besonderen Ehrerbietung, der Lehnsreverenz; b) in dem Recht auf die Lehnsdienste. In diesen beruhte früher der Schwerpunkt des ganzen Instituts, sie waren ursprünglich servitia militaria, d. h. Ritterdienste, jetzt sind sie bei der veränderten Heereseinrichtung als Naturaldienste überall fortgefallen und meist durch eine fixirte Geldabgabe ersetzt (adärirt); c) in dem Recht auf Lehnserneuerung. Der Vasall ist verpflichtet, eine erneute Investitur nachzusuchen, sobald ein Wechsel in der Person des Lehnsherrn oder des Vasallen (Herren- oder Lehnsfall) eintritt. Hierfür ist regelmäßig eine Abgabe (Laudemium, Lehnwaare) zu entrichten. Das Gesuch des Vasallen um die neue Investitur heißt Muthung. d) Neben den Ansprüchen an die Person hat der Lehnsherr auch ein dingliches Recht am Lehngut. Wenn der Herr eine ihm gehörige Sache zu Lehn ausgethan hat, so ist dies Recht formell das Eigenthum (Obereigenthum §. 24), dasselbe wird indeß durch die dem Vasallen eingeräumten Befugnisse fast vollständig absorbirt. Abgesehen von der Berechtigung, Veräußerungen und Deteriorationen seitens des Vasallen zu hindern, äußert sich das Eigenthum des Lehnsherrn eigentlich nur darin, daß das Fortfallen des vasallitischen Rechts eine Consolidation zur Folge hat (Heimfall) und daß der Herr auf diese Eventualität hin schon während der Dauer des Lehnsverhältnisses Verfügungen über das Gut treffen kann. Dies geschieht bei der Eventualbelehnung.

Das Recht des Vasallen hat gleichfalls eine persönliche und eine dingliche Seite. Erstere beruht auf der wechselseitigen Natur der Lehnstreue, die vom Herrn als Lehns-

protection zu gewähren ist. Von größerer Bedeutung ist der dingliche Bestandtheil des vasallitischen Rechts, welcher den Vasallen mit Ausnahme von Deteriorationen und Veräußerungen zu allen Verfügungen über das Lehngut berechtigt. Der Begriff der Veräußerung ist im weiteren Sinne zu nehmen, so daß auch Belastungen und Verschuldungen des Lehngutes dahin gehören. In Bezug auf derartige Verfügungen ist neben dem Recht des Lehnsherrn auch der Gesichtspunkt von Wichtigkeit, daß die Belehnung ihre Wirkungen regelmäßig nicht nur auf den zuerst Beliehenen, sondern gleichzeitig auch, wenigstens nach gemeinem Lehnrecht, auf alle lehnsfähigen Nachkommen desselben erstreckt. Diese leiten ihr Recht unmittelbar von dem ersten Erwerber ab und brauchen daher Verfügungen von Zwischenbesitzern, durch welche ihr Recht beeinträchtigt wird, in der Regel nicht anzuerkennen, haften also auch für Schulden regelmäßig nicht mit dem Lehngut. Eine Ausnahme machen die Lehnsschulden, die entweder von gewissen oder von allen Lehnsfolgern, unter Umständen auch vom Lehnsherrn anerkannt werden müssen.

Die Beendigung des Lehnsverhältnisses bewirkt, wie schon hervorgehoben, regelmäßig eine Wiedervereinigung des vasallitischen Rechts mit dem Eigenthum in der Person des Lehnsherrn (Consolidation). Findet ausnahmsweise die Vereinigung in der Person des Vasallen statt, so liegt der Fall der Appropriation vor. Consolidation wie Appropriation können, abgesehen von allgemeinen Gründen, namentlich auch zur Strafe als Folge von Lehnsfehlern (Felonie) eintreten. Sind successionsberechtigte Lehnsfolger vorhanden, so hat die Vereinigung nur eine vorübergehende Wirkung, bis zu dem Zeitpunkt, wo diesen die Succession eröffnet wird. Die Appropriation heißt Allodification, wenn sie in einer dauernden entweder gesetzlichen oder vertragsmäßigen Uebertragung des Eigenthums an Vasallen besteht. Eine gesetzliche Allodification hat neuerdings vielfach in der Weise stattgefunden, daß die Lehen in Familienfideicommisse verwandelt worden sind.

§. 47. Zum Theil nach lehnrechtlichen Grundsätzen, zum Theil nach Analogie der römischen Emphyteuse, theilweise aber auch nach eigenthümlichen Principien sind die erblichen bäuerlichen Leihen zu beurtheilen, welche unter den verschiedensten Namen in Deutschland vorkommen. Nur fallen dabei stets die besonderen Verpflichtungen fort, welche sich aus der Lehnstreue und dem kriegerischen Zweck des Lehnsinstituts ergeben. Doch sind auch hier vielfache persönliche Beziehungen vorhanden, namentlich ist in früherer Zeit der Bauer mit den mannichfachsten Lasten zu Gunsten der Gutsherrschaft beschwert worden. Nicht immer ist übrigens das Recht desselben ein erbliches, häufig hat es lediglich die Natur der Zeitpacht oder ist ein, wenn auch dingliches, doch zeitlich beschränktes Nutzungsrecht. Andererseits hat es stets Bauergüter gegeben, die im vollen Eigenthum ihrer Besitzer standen, wenngleich auch bei diesen nicht selten eine Unterwerfung unter gutsherrliche Lasten stattgefunden hat. Die neuere Gesetzgebung ist im allgemeinen bestrebt, den abgeleiteten bäuerlichen Besitz in freies Eigenthum zu verwandeln und die gutsherrlichen Rechte zu beseitigen.

§. 48. Bereits im älteren deutschen Recht findet sich eine große Zahl direct auf einem Rechtssatz beruhender Eigenthumsbeschränkungen, welche den römischen Legalservituten entsprechen und von denen viele auch in das heutige Recht übergegangen sind. Dahin gehört u. a. die Pflicht des Grundeigenthümers, unter den gesetzlichen Bedingungen Jedermann das Schürfen nach Mineralien zu gestatten, sowie die Verpflichtung der Anwohner eines öffentlichen Flusses, im Interesse der Schiffahrt einen Leinpfad zu dulden; ferner speciell im Interesse der Nachbaren: das Hammerschlags- und Leiterrecht, kraft dessen man behufs der Reparatur seines Gebäudes das Nachbargrundstück betreten und von demselben aus eine Leiter anlegen darf; das Licht- oder Fensterrecht, welches

entweder das Ausbrechen von Fenstern nach dem Nachbargrundstück oder das Verbauen von des Nachbarn Licht und Aussicht untersagt, das Recht der Anwende (Tretrecht), d. h. die Befugniß, mit dem Pfluge auf dem Nachbargrundstück umwenden zu dürfen, der Anspruch auf einen Nothweg über dasselbe, wenn man nicht anders zu seinem Grundstück gelangen kann, endlich die Verpflichtung des Eigenthümers, sich mit gewissen lästigen Anlagen in einer bestimmten Entfernung von der Grenze zu halten.

§. 49. Auch abgesehen von den Legalservituten kennt das deutsche Recht eine große Zahl von Berechtigungen an einer fremden Sache, die nach ihrer juristischen Construction unter den Begriff der Personal- oder Prädialservituten fallen, wenngleich diese Ausdrücke selbst den einheimischen Quellen nicht bekannt sind. Die deutschrechtlichen Personalservituten haben durch die Beimischung familienrechtlicher Elemente theilweise eine eigenthümliche Ausbildung erhalten, doch geht es zu weit, deshalb, wie früher vielfach geschah, den s. g. ususfructus juris Germanici in der Doctrin als einen eignen Begriff hinzustellen. Unter den Prädialservituten hat sich in Folge der Feldgemeinschaft und der hiermit in Verbindung stehenden Besitzverhältnisse eine Reihe von Weidegerechtigkeiten ausgebildet, die bei den Römern in dieser Gestalt nicht vorkommen, aber im allgemeinen nach der Analogie des römischen actus zu beurtheilen und wie alle Servituten civiliter (pfleglich) auszuüben sind. Das mehreren Personen gemeinschaftlich zustehende Hütungsrecht heißt Koppelweide, von welchem das jus compascui, d. h. das Recht mehrerer Personen an dem Grundstück eines Dritten und das jus compasculationis, bei dem mehrere Personen, namentlich Gemeindemitglieder, auf ihren Grundstücken ein gegenseitiges Hütungsrecht haben, Unterarten sind. Dagegen ist das jus compascendi das Recht des belasteten Eigenthümers, neben dem Hütungsberechtigten sein eignes Vieh auf die Weide zu treiben. Eine besondere Art des Hütungsrechts ist das Schäfereirecht, d. h. die Befugniß, eine Schafheerde auf fremdem Grund und Boden hüten zu lassen, während das Schäfereistabrecht, vermöge dessen der Berechtigte einen Hirten bestellen kann, welchem die Verpflichteten ihr Vieh vortreiben müssen, sowie das Pferchrecht, kraft dessen fremde Schafheerden auf dem Grundstück des Berechtigten eingepfercht werden müssen, bereits über den Begriff der Servitut hinausgehen. Der ökonomische Werth der beiden letzteren Berechtigungen besteht in der ausschließlichen Befugniß der Berechtigten, sich den Dünger der Heerden anzueignen. — Auch die zahlreichen in Deutschland vorkommenden Waldungen haben zur Entstehung eigenthümlicher Servituten Veranlassung gegeben. Dahin gehört namentlich das Holzungsrecht, das Recht der Waldweide und die Mastungsgerechtigkeit. Letztere besteht in der Befugniß, Schweine auf die Eichelmast zu treiben, wobei in der Regel besondere Cautelen zum Schutze der Waldcultur Platz greifen.

In neuerer Zeit werden sowohl die Weide- wie die Waldservituten als der Land- und Forstwirthschaft nachtheilig betrachtet und die Gesetzgebung ist deshalb darauf bedacht, die Ablösung derselben möglichst zu fördern.

§. 50. Das Pfandrecht ist zwar gemeinrechtlich nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilen, indeß bietet das letztere in dieser Lehre eine durchaus unsichere Grundlage für den Verkehr dar, da die Zulässigkeit eines Pfandrechts ohne Besitz an beweglichen Sachen, die große Zahl der stillschweigenden und privilegirten Pfandrechte, sowie die Statthaftigkeit der Verpfändung eines ganzen Vermögens es dem Gläubiger unmöglich machen, zu erkennen, ob und in welchem Umfange er aus einem ihm bestellten Unterpfand Befriedigung würde erlangen können. Vielfach hat sich deshalb das ältere deutsche Recht erhalten und die meisten neueren Gesetzgebungen sind zu den Principien desselben zurückgekehrt. Sie erkennen demgemäß bei Mobilien lediglich ein Faustpfand an, während bei Grundstücken der Auflassung entsprechend die Eintragung in

Hypotheken= oder Pfandbücher nothwendig ist. Für diese Bücher sind die Grundsätze der Publicität und Specialität maßgebend. Jene besteht darin, daß die Bücher von öffentlichen Behörden geführt werden und daß die Einsicht in dieselben mindestens allen denen zugänglich ist, die ein Interesse darzuthun vermögen. Die Specialität bewirkt, daß ein Pfandrecht immer nur durch Eintragung auf ein bestimmtes Grundstück und nur mit dem Vorrecht entsteht, welches ihm vermöge der Eintragung zukommt, so daß also die Priorität der einzelnen Pfandrechte sich ganz nach der Reihenfolge der Eintragung richtet. Formell sind die Hypothekenbücher meist mit den Grundbüchern verbunden und nach Realfolien, d. h. in der Weise geordnet, daß jedes Grundstück sein eignes Folium hat.

Gleichfalls mit Keimen, die im älteren deutschen Recht wurzeln, hängt das Streben zusammen, die Hypothek zu einer selbstständigen Realobligation zu machen, so daß das dingliche Recht nicht mehr das Accessorium einer persönlichen Forderung ist. Der Eigenthümer kann, wo dieses Streben consequent durchgeführt ist, nicht nur bereits eingetragene Hypotheken erwerben, ohne daß das Pfandrecht durch Confusion erlischt, sondern dieselben gleich von vornherein auf seinen Namen eintragen lassen. Die Hypothek erlangt dadurch einen ganz abstracten formalen Charakter, welcher ihr, zumal wenn eine leichte Uebertragbarkeit hinzukommt, für den Immobiliarverkehr eine ganz ähnliche Bedeutung verleiht, wie sie der Wechsel im Gebiete des Mobiliarverkehrs hat (Grundwechsel). Die möglichste Steigerung der Circulationsfähigkeit wird herbeigeführt, wenn Hypotheken auf den Inhaber oder die Uebertragung derselben durch Blancocessionen für zulässig erklärt werden. Damit ist die „Mobilisirung des Grundbesitzes" verwirklicht, soweit eine solche überhaupt denkbar ist. Bisher sind Papiere auf den Inhaber mit Realsicherheit in der Regel nur dann zugelassen worden, wenn sie von Pfandbriefsinstituten oder Hypothekenbanken ausgestellt waren und mithin die Aussteller selbst eine allgemein bekannte Grundlage für den Verkehr darboten. Ein juristischer Grund zur Beschränkung auf derartige Fälle ist jedoch nicht vorhanden.

§. 51. Im Anschluß an das Pfandrecht ist der Pfändung zu gedenken. Dies ist die eigenmächtige Besitznahme fremder beweglicher Sachen zu dem Zweck, sich entweder ein Befriedigungsmittel für einen Anspruch oder ein Beweismittel für eine Schadenszufügung zu sichern oder sich einer besitzstörenden Handlung gegenüber im Besitz oder Quasibesitz zu erhalten. Von den zahlreichen Fällen, in denen die älteren Quellen die Pfändung zulassen, ist gegenwärtig vorzugsweise der praktisch, wo Jemand fremde Personen oder fremdes Vieh auf seinem Grundstück betrifft. Je nach den Objecten, an welchen die Pfändung vorgenommen wird, unterscheidet man hierbei zwischen Personal= und Sachpfändung. Letztere kommt namentlich als Viehpfändung (Schüttung) vor. Der Pfändende erlangt im Falle der Sachpfändung kein eigentliches Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen, wohl aber eine Distractionsbefugniß und das Recht, sich an den Erlös wegen des ihm zugefügten Schadens zu halten. Dem Gepfändeten ist sowohl die eigenmächtige Rücknahme der gepfändeten Gegenstände (Pfandkehrung), wie eine Gegenpfändung untersagt. Bei der Auslösung muß in der Regel außer dem etwaigen Schadensersatz und bei gepfändeten Thieren den Fütterungskosten noch ein besonderes Pfandgeld erlegt werden.

§. 52. Eine eigenthümliche Art dinglicher Rechte bilden die Reallasten. Dies sind Belastungen des Grundbesitzes, vermöge deren der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache zu einer Leistung verpflichtet ist. Die Berechtigung, welche in der Regel gleichfalls an den Besitz eines Grundstücks geknüpft ist, wird niemals durch die einzelne Leistung erschöpft, sondern hat einen dauernden Charakter. Die Leistungen selbst sind entweder in periodischen Zwischenräumen oder bei bestimmten unregelmäßig auftretenden Veranlassungen zu entrichten, dem Gegenstand nach können sie in Prästationen von Geld oder Naturalien

oder in der Gewährung von Diensten bestehen. Bei der juristischen Construction der Reallasten muß zwischen dem Recht im Ganzen und dem Anspruch auf die einzelnen Leistungen unterschieden werden. Ersteres hat eine dingliche Natur, wie schon daraus hervorgeht, daß nach älterem Recht an demselben eine Gewere möglich ist und sofern eine Reallast durch Privatwillkür begründet werden soll, die Auflassung erfordert wird. Der Anspruch auf die einzelne Leistung dagegen ist ein obligatorisches Recht, wobei nur die Person des Verpflichteten durch den Besitz eines Grundstücks bestimmt wird. Daher dienen zum Schutz des Rechts im Ganzen die possessorischen Rechtsmittel und die actio confessoria, während die Klage auf die einzelne Leistung eine actio in rem scripta ist. Die Entstehung der Reallasten beruht entweder auf Gesetz oder Herkommen oder auf Privatwillkür (Vertrag, letzwillige Verfügung), wobei, wie erwähnt, die Auflassung hinzukommen muß, oder auf unvordenklicher Verjährung. Unter den einzelnen Reallasten sind namentlich die Renten, Zinsen, Zehnten und Frohnden von Bedeutung, doch ist die Gegenwart auch in dieser Hinsicht auf möglichste Befreiung des Grundbesitzes bedacht und neuere Gesetze haben in Betreff der Frohnden häufig direct die Aufhebung verfügt, in Betreff eines großen Theils der übrigen Reallasten wenigstens die Ablösung erleichtert.

§. 53. Die Bannrechte sind den Reallasten insofern an die Seite zu stellen, als sie sich gleichfalls auf ein dingliches und ein persönliches Element zurückführen lassen. Sie bestehen in der Befugniß, die Bewohner eines gewissen Districtes zu zwingen, daß sie ihren Bedarf an gewissen Gegenständen nur von dem Berechtigten entnehmen dürfen. Dinglich ist auch hier wieder das Recht im Ganzen, während der Anspruch bei einem Zuwiderhandeln im einzelnen Fall die Natur einer persönlichen Entschädigungsklage hat. Auch die Bannrechte sind gewöhnlich an den Besitz eines Grundstückes seitens des Berechtigten geknüpft. Einzelne Arten sind z. B. der Mahlzwang, der Bierzwang, das Krugsverlagsrecht, das Hürdenstabrecht, der Abdeckereizwang. Die volkswirthschaftliche Schädlichkeit dieser Berechtigungen hat in unserem Jahrhundert bei den meisten derselben die Aufhebung zur Folge gehabt.

(§. 21.) Renaud, Lehre von der Einth. der Sachen in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 23, S. 84. Mittermaier in Ersch und Gruber, Bd. 9. (§. 22.) Hommel, Pertinenz- und Erbsonderungsregister. Funke, Lehre von den Pertinenzen, 1827. (§. 23.) Arnold, Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten, 1861. (§. 24.) Duncker, Das dominium directum und utile in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 2, S. 188. (§. 25.) Duncker, Gesammteigenthum, 1843. Beseler, Erbverträge, I, S. 83; System, S. 295. (§. 26.) Weiske, Ueber die Gemeindegüter und deren Benutzung durch die Mitglieder, 1849. (§. 27.) Hillebrand, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 9, S. 310. Beseler, System, S. 331. (§. 28.) Delbrück im Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 3, S. 1. (§. 29.) Beseler, Erbverträge, I, S. 19; System, S. 333 fgg. Bornemann im Preußischen Justizministerialblatt 1848, S. 56. Leonhardt, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum, 1843. Brakenhoeft, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 8, S. 48. (§. 30.) Heimbach, Lehre von der Frucht nach den in Deutschland geltenden Rechten, 1843. (§. 31.) Albrecht, Gewere, S. 81. Bruns, Besitz, S. 306. Delbrück, Dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857, und in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 14, S. 241. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8, S. 227. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 90. (§. 32.) Beschorner, Das Eisenbahnrecht mit besonderer Rücksicht auf Expropriationsrecht, 1858. Thiel, Expropriationsrecht und Expropriationsverfahren, 1866. Meyer, Das Recht der Expropriation, 1868. Brinz in Bluntschli's Staatswörterbuch, III, S. 471. (§. 33.) Jargow, Einleitung zur Lehre von den Regalien, 1757. Hüllmann, Zur Geschichte des Ursprungs der Regalien, 1806. Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes, §. 99. (§. 34. 35.) Stieglitz, Geschichtliche Darstellungen der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland, 1832. Schilling, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden Jagd- und Forstrechts, 1822. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts, §. 188 v Brünneck, Jagdgenossenschaften, 1867. Gierke, Genossenschaftsrecht, 1769. (§. 36—38.) Börner, Archiv für civ. Praxis, Bd. 38, Nr. 7. Hesse, Jahrb. für Dogmatik, Bd. 7, S. 181. Elvers, Recht des Wasserlaufs, 1841. Endemann, Ländliches Wasserrecht, Kassel 1862. Pözl, Die bayerischen Wassergesetze, 1859. (§. 39) Dammert, Deich- und Strombaurecht,

1816. (§. 40. 41.) Beseler, System, S. 845. Klostermann, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten. 2. Aufl. 1868. (§. 42.) Weber, Abhandlungen über die Rittergüter, 1802. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 181. Püttmann, Ueber die Sattelhöfe, deren Rechte und Freiheiten, 1788. (§. 43.) Zimmerle, Deutsches Stammgutssystem, 1857. Lewis, Succession der Erben in die Obligationen des Erblassers. Beseler, Erbverträge, Bd. 1, S. 48. (§. 44.) Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses, 1868. (§. 45. 46.) Die lehnrechtliche Literatur s. bei Kraut, Grundriß §. 47, 48, sowie in den Lehrbüchern von Eichhorn, §. 43; Beseler, S. 394; Gerber, §. 103, u. A. (§. 47.) Pfeiffer, Das deutsche Meierrecht, 1845. Busch, Beiträge zum Meierrecht, 1855. (§. 49.) Schwarzenberg, De usufructu juris Germanici, 1841. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 290. Münter, Weiderecht, 1804. (§. 50.) Literatur und Gesetze bei Beseler, S. 369; hinzuzufügen ist namentlich ein preußischer Gesetzentwurf, betreffend den Erwerb von Eigenthum und dinglichen Rechten an Grundstücken, von 1869. (§. 51.) Wilda, Pfändungsrecht in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 1, S. 167. (§. 52—53.) Duncker, Lehre von den Reallasten, 1837. Renaud, Beiträge zur Theorie von den Reallasten, 1846. Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten, 1860. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 155—157. Mittermaier, Grundsätze, II, §. 528, 529.

V. Obligationenrecht.

§. 54. Die Lehre von den Obligationen ist am wenigsten durch das deutsche Recht beeinflußt worden, es herrscht hier fast durchweg das römische Recht. Namentlich gilt dies von den allgemeinen Bestimmungen. Rücksichtlich der auf Verträgen beruhenden Obligationen ist hervorzuheben, daß der Unterschied zwischen Contract und Pactum fortgefallen ist, da nach gemeinem Recht zur Begründung einer klagbaren Verbindlichkeit bloßer Consens ausreicht. Particularrechte enthalten vielfach Formvorschriften für einzelne Verträge, namentlich wird häufig schriftliche, notarielle oder gerichtliche Abschließung erfordert, doch ist in diesen Fällen nicht, wie bei den eigentlichen Formalverträgen, die Form die causa der Verpflichtung, sondern sie muß zu dem materiellen Verpflichtungsgrund hinzukommen. Die Folge der mangelnden Form ist bald Nichtigkeit, bald bloße Klaglosigkeit, zuweilen ist auch die Form nur des Beweises halber vorgeschrieben. Die sonst noch in Betracht kommenden Modificationen betreffen namentlich die Klagbarkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, die in viel weiterem Umfang anerkannt ist, als im römischen Recht, und die Bestärkungsmittel. Von diesen sind dem deutschen Recht eigenthümlich der Wein- oder Leitkauf, eine beim Contractsschluß von Contrahenten und Zeugen vertrunkene Geldsumme und die hiermit verwandte Draufgabe (Darangeld), die, wo sie ihre ursprüngliche Natur bewahrt hat, in dem Sinne gegeben und genommen wird, daß erst die Hingabe den Vertrag perfect macht.

§. 55. Beim Kauf tritt namentlich rücksichtlich der Viehverkäufe eine Abweichung vom römischen Recht insofern ein, als die ästimatorische Klage gar nicht, die redhibitorische aber nur wegen gewisser Hauptmängel und auch wegen dieser nur dann zugelassen wird, wenn dieselben binnen kurzer Zeit nach der Uebergabe (24 Stunden bis 8 Wochen) hervortreten und geltend gemacht werden. Alsdann greift aber auch gewöhnlich zu Gunsten des Käufers die Vermuthung Platz, daß die Mängel bereits zur Zeit der Uebergabe vorhanden waren. In der Absicht, wucherliche Ausbeutungen der Landleute zu verhüten, haben ferner die Reichsgesetze den Verkauf von Früchten auf dem Halm nur dann für zulässig erklärt, wenn als Preis der Marktpreis zur Zeit des Contracts oder der 14 Tage nach der Ernte geltende festgesetzt wird.

§. 56. Beim Verkauf unbeweglicher Sachen kommt vielfach das Retractsrecht (Näherrecht, Abtrieb, Losung) zur Geltung. Dies ist eine Berechtigung, auf Grund deren der Berechtigte ein Grundstück, welches der Eigenthümer an einen Dritten verkauft

und tradirt hat, von diesem wie von jedem späteren Erwerber gegen Erstattung des ursprünglich dafür gezahlten Kaufpreises sowie gegen Eintritt in die ursprünglichen Kaufbedingungen abfordern kann. Von den retractus legales, d. h. denen, welche direct auf einem Rechtssatz beruhen, ist die aus dem Beispruchsrecht (§. 43) hervorgegangene Erblosung (retractus gentilicius s. ex jure consanguinitatis) am wichtigsten. Neuere Gesetze gehen auf möglichste Verminderung der Retractrechte aus.

§. 57. Der Sachmiethe wird in vielen Particularrechten eine über das obligatorische Band hinausgehende Wirksamkeit zugeschrieben, sofern auch dem Singularsuccessor gegenüber die von seinem Auctor abgeschlossenen Miethsverträge geltend gemacht werden können. Der dem römischen Recht entsprechende Satz: Kauf bricht Miethe, findet demnach hier keine Anwendung.

Eine Anzahl eigenthümlicher Gestaltungen ergibt sich ferner bei der Viehverstellung (bail à cheptel). Die verschiedenen hierher gehörigen Verträge betreffen sämmtlich die Uebergabe nutzbarer Hausthiere zur Fütterung und Beaufsichtigung. Die Contrahenten heißen Versteller und Einsteller. Letzterer erhält gewöhnlich die Nutzungen der ihm überlassenen Heerde gegen Erlegung eines in Naturalien bestehenden Zinses, auch findet wohl eine Theilung des Jungviehes statt. Nahe verwandt hiermit ist der Eisernviehvertrag, bei welchem dem Pächter eines Landgutes Vieh gegen eine Taxe unter der Bedingung übergeben wird, daß er bei der Rückgewähr des Gutes eine gleiche Stückzahl zurückzugeben hat, also die Gefahr trägt, ohne indeß zugleich Eigenthümer zu werden.

Die Dienstmiethe zeigt namentlich in Anwendung auf den Gesindevertrag Eigenthümlichkeiten, die vorzugsweise dadurch bedingt werden, daß das Gesinde in den Hausstand der Herrschaft aufgenommen wird und in eine nicht auf einzelne Dienstleistungen beschränkte Abhängigkeit zu derselben tritt. Der letztere Gesichtspunkt wirkt theilweise auch auf die im Handwerksbetrieb geschlossenen Gesellen- und Lehrverträge, die im allgemeinen ebenfalls nach den Grundsätzen von der Dienstmiethe zu beurtheilen sind.

§. 58. Das zinsbare Darlehn war wie alles Zinsennehmen im Mittelalter durch das kanonische Recht untersagt. Die Stelle dieses Geschäfts nahm hauptsächlich der Rentenkauf ein, der indeß auf einer selbstständigen Entwickelung beruht und den man deshalb nicht als ein mutuum palliatum ansehen darf. Durch Hingabe von Capital kaufte man eine Rente, welche vermittelst der Auflassung in dingliche Verbindung mit einem Grundstück gebracht wurde und auf demselben als beständige Reallast ruhte, so daß eine Ablösung weder vom Käufer noch vom Verkäufer der Rente erzwungen werden konnte (Ewiggeld). Später wurden auch ablösliche Renten eingeführt, doch nur in dem Sinne, daß man dem Rentenschuldner die Rückzahlung des Capitals gestattete, während man sich viel länger dagegen sträubte, dem Käufer die Rückforderung einzuräumen. Das Verhältniß der Rente zum Capital war ursprünglich willkürlicher Bestimmung anheimgegeben; durch die Reichsgesetze wurden fünf Procent als Maximum festgestellt. Wo man beim Rentenkauf die beiderseitige Kündigung zuließ, fiel derselbe in der That mit dem zinsbaren Darlehn zusammen. Letzteres wurde geradezu in einzelnen Landesgesetzen aus der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts für zulässig erklärt, welchem sich demnächst eine allgemeine, auch von den Reichsgerichten beobachtete, von der Reichsgesetzgebung wenigstens indirect gebilligte Praxis anschloß. Der gesetzliche Zinsfuß betrug fünf Procent, particularrechtlich wurde ein sechster Zinsthaler zugelassen. In jüngster Zeit hat die gesteigerte wirthschaftliche Bedeutung des Capitals zu einer Beseitigung aller Zinsbeschränkungen geführt.

§. 59. Unter den aleatorischen Verträgen wird die Wette im allgemeinen nach römischem Recht beurtheilt, nur findet zuweilen eine Herabsetzung übermäßiger Wetten

statt oder es wird eine vorgängige Sicherstellung oder Deposition der Wettsumme erfordert. Beim Spiel unterscheiden neuere Gesetze im Anschluß an die in älteren Quellen ausgesprochenen Grundsätze vielfach zwischen erlaubten und verbotenen Spielen und versagen aus den ersteren zwar die Klage, gestatten aber nicht die Rückforderung des einmal Gezahlten, während bei den verbotenen Spielen der Fiscus auch das bereits bezahlte Spielgeld zurückfordert. Besondere Arten des Spiels sind die Lotterie und der Ausspielvertrag. Zu den aleatorischen Geschäften gehört ferner der Leibrentenvertrag, bei welchem Jemand gegen Hingabe eines Capitals für sich oder für einen Andern eine lebenslängliche Rente ausbedingt. Das Capital wird hier durch den Genuß der Rente aufgezehrt (Leibgut schwindet Hauptgut). Treten mehrere Personen in der Weise zusammen, daß nach dem Ableben des Einen die demselben zukommende Rente den Anderen zuwächst, so liegt eine Tontinengesellschaft vor, welche ihren Namen von ihrem ersten Urheber Lorenzo Tonti führt. Der Abschluß derartiger Verträge bildet den Gegenstand berufs- oder gewerbsmäßiger Thätigkeit von Wittwenkassen, Rentenanstalten und Lebensversicherungsgesellschaften. Aehnlichkeit mit dem Leibrentenvertrag hat der namentlich in bäuerlichen Lebenskreisen eine große Rolle spielende Altentheils- oder Leibzuchtsvertrag (§. 73).

§. 60. Unter den Delictsobligationen sind die aus dem Nachdruck erwachsenden Entschädigungsansprüche hervorzuheben. Nachdruck ist die unerlaubte Vervielfältigung eines literarischen und artistischen Erzeugnisses, mithin ein Eingriff in das Urheberrecht (s. g. geistiges Eigenthum). Der Schutz gegen Nachdruck wird zur Zeit auf Grund von Beschlüssen des früheren Deutschen Bundes allen innerhalb des ehemaligen Bundesgebietes erscheinenden Werken gewährt, welche ein selbstständiges literarisches oder künstlerisches Erzeugniß darstellen, und zwar bis zum Tode ihres Urhebers und noch dreißig Jahre darüber hinaus, bei anonymen Werken dreißig Jahre nach ihrem Erscheinen. Die Entschädigung, zu welcher der Nachdruck verpflichtet, wird nach dem Kaufpreis des Originals in Höhe einer vom Richter festzusetzenden Anzahl von Exemplaren desselben bemessen. Außerdem tritt Confiscation der nachgedruckten Exemplare, sowie der zur Verübung des Nachdrucks bestimmten Werkzeuge und sonstigen Gegenstände, sowie eine öffentliche Geldstrafe ein. Ebenfalls durch einen Bundesbeschluß sind die Autoren dramatischer und musikalischer Werke gegen eine unbefugte Aufführung derselben geschützt. Die Bundesbeschlüsse bilden indeß nur die allgemeine Grundlage für den Schutz gegen Nachdruck, in den Einzelheiten weichen die Particulargesetze vielfach von einander ab. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes (Art. 4) zählt den Schutz des geistigen Eigenthums zu den Gegenständen der Bundesgesetzgebung.

(§. 54.) Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855. Beseler, System, S. 474 fgg.; Erbverträge, II, 1, S. 71 fgg. Gerber, §. 159, 160, 165. Bähr in Jahrbüchern für Dogmatik, VI, Nr. 3. (§. 55.) Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 394—398. Münter, Roßtäuscherrecht, 1810. Sachsenhauser, Lehre von der Nachwährschaft für verkaufte Hausthiere, 1857. Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 19, §. 2, 3. (§. 56.) Walch, Das Näherrecht. Renaud in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 8, S. 241. Beseler, System, S. 508. Gerber, §. 175—177. (§ 57.) Huck in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 5, Nr. 10. Beseler, System, S. 525. Gerber, §. 181, 182. (§. 58.) v. Meiern, Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers in Deutschland, 1732. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. (§. 59.) Wilda in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 2, S. 133; Bd. 8, S. 200. Bender, Die Lotterie, 1832. v. Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen, Bd. 5, Nr. 28. Rückert, Der Leibrentenvertrag, 1857. (§. 60.) Jolly, Lehre vom Nachdruck, 1852. Eisenlohr, Sammlung der Gesetze und internationaler Vertrag zum Schutz des literarisch-artistischen Eigenthums, 1856, 1857. Kühns, Rechtsschutz an Werken der bildenden Künste, 1861. Heydemann und Dambach, Preußische Nachdrucksgesetzgebung, 1863. Hamm, Oesterreichisch-Preußische Gesetzgebung, 1857. Mandry in: Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 1, 242.

VI. Familienrecht.

§. 61. Die Ehe ist bei den Deutschen wie bei den Römern die rechtlich anerkannte vollständige Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Der Abschluß derselben bewirkt nach den Grundsätzen des deutschen Rechts eine Vormundschaft des Mannes über die Frau, die letztere kann ohne den Beistand des Mannes nicht vor Gericht auftreten und er ist überhaupt ihr Vertreter und erscheint nach außen als das Haupt der ehelichen Genossenschaft; die Frau dagegen wird Genossin des Mannes und theilt fortan Namen, Stand und Domicil desselben.

§. 62. Eine beschränktere Wirkung der ehelichen Verbindung tritt bei der Mißheirath (disparagium) ein. Ursprünglich wurde das Vorhandensein einer solchen immer angenommen, wenn zwei Personen ungleichen Standes mit einander eine Ehe schlossen, wenigstens in Bezug auf die Kinder, die in solchem Falle stets dem niedriger stehenden Parens (der ärgeren Hand) folgten. Später ist jedoch Begriff und Wirkung der Mißheirath nur noch für den Fall aufrecht erhalten, wo der Mann, nicht aber die Frau, dem hohen Adel angehört. Letztere theilt hier nicht Rang und Stand des Mannes und hat bei seinem Tode nicht die vermögensrechtlichen Ansprüche einer standesmäßigen Wittwe, die Kinder succediren nicht in Stamm-, Fideicommiß- und Lehngüter. Wird bei einer derartigen Standesungleichheit für Frau und Kinder vertragsmäßige Vorsorge getroffen, so nennt man die Ehe eine morganatische oder zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam, ad legem Salicam).

§. 63. In Bezug auf die Güterverhältnisse der Ehegatten zeigen die Particularrechte die größte Mannichfaltigkeit. Stammeseigenthümlichkeiten und althergebrachte Sitte haben sich gerade hier am zähesten erwiesen, daher erklärt sich, daß das römische Recht in dieser Materie nie recht eingedrungen ist und daß das Dotalsystem desselben nur ein geringes Geltungsgebiet erlangt hat. Die verschiedenen Gestaltungen, welche sich in den einzelnen deutschen Rechten kundgeben, lassen sich auf folgende Grundrichtungen zurückführen:

a) System der Gütervereinigung. Der Mann erlangt in Folge der Ehe die Verwaltung vom gesammten Vermögen der Frau, soweit dasselbe nicht durch Gesetz oder Vertrag hiervon besonders ausgenommen ist (Sonder-, Einhandsgut, bona recepticia, vorbehaltenes Vermögen). Das Vermögen der Frau soll zu den Lasten der Ehe mit beitragen und in diesem Sinne vom Manne verwaltet werden. Zu diesem Zweck kann er über die von der Frau inferirten Mobilien beliebig, über die Immobilien derselben dagegen nur mit ihrer Zustimmung verfügen. Bei einer Ueberschuldung des Mannes und im Fall des Concurses kann die Frau ihr Eingebrachtes in der Regel zurückverlangen. Die selbstständige Verfügungsbefugniß der Frau beschränkt sich im wesentlichen auf den Bereich der Schlüsselgewalt, d. h. auf die Bedürfnisse des Haushalts. Einige Particularrechte, die im ganzen ebenfalls auf diesem Princip beruhen, geben dem Manne nur die beschränktere Stellung des Nießbrauchers, man pflegt alsdann vom ususfructus maritalis oder von einem modificirten Dotalsystem zu sprechen.

b) System der Gütergemeinschaft. Das beiderseitige Vermögen ist hier in noch engerer Weise miteinander verschmolzen. Näher wird zwischen formaler (äußerer) und materieller (innerer) Gütergemeinschaft unterschieden. Bei ersterer kann das Frauengut mit Einschluß der Immobilien im Fall der Noth, also auch beim Concurse zu den Schulden des Mannes herangezogen werden, während im übrigen dieselben Erscheinungen wie im vorigen Fall hervortreten. Bei der materiellen Gütergemeinschaft bilden die von

beiden Seiten zusammengebrachten Immobilien eine gebundene Masse, so daß sowohl über die vom Mann, wie über die von der Frau herrührenden, nur mit Uebereinstimmung beider Ehegatten verfügt werden kann. Auch haftet das gesammte Vermögen für die vorehelichen wie für die während der Ehe eingegangenen Schulden jedes der Ehegatten, vorausgesetzt natürlich, daß sie an sich rechtsverbindlich sind.

c) Die Wirkung der Gütergemeinschaft kann sich auch auf einen Theil des beiderseitigen Vermögens beschränken. Das ist der Fall der particulären Gütergemeinschaft, die aber wiederum in verschiedenem Umfange vorkommt. Die Gemeinschaft des Adquestes oder der Errungenschaft umfaßt alles, was einer der Ehegatten oder beide zusammen während der Ehe erwerben, wobei jedoch in der Regel der blos durch einen Glücksfall oder auf Grund eines lucrativen Titels einem Ehegatten zufallende Erwerb ausgeschlossen ist. Die Gemeinschaft des Conquestes oder der Collaboration dagegen erstreckt sich nur auf dasjenige, was die Ehegatten ihrer gemeinschaftlichen Thätigkeit verdanken. Zuweilen, wenngleich selten, findet sich endlich eine Mobiliargemeinschaft, welche die gesammte fahrende Habe zum Gegenstand hat.

§. 64. Bei Auflösung des ehelichen Verhältnisses ist nach dem Systeme des Ususfructus maritalis der Frau oder deren Erben das gesammte eingebrachte Vermögen zurückzuerstatten oder dem Werthe nach zu ersetzen; dagegen fällt dieser Anspruch da, wo das Princip der Gütereinheit Anwendung findet, in Betreff der während der Ehe verbrauchten beweglichen Sachen fort. In beiden Fällen werden ihr, soweit ihr überhaupt ein Rückforderungsrecht eingeräumt ist, meist auch die römischen Dotalprivilegien zugestanden. Bei der formalen Gütergemeinschaft hat sie einen solchen Anspruch nur, sofern das Vermögen des Mannes nach Abzug der Passiva ausreicht, sie rangirt daher hinter den Gläubigern des Mannes und von einem Privileg kann hier keine Rede sein. Wo die Idee der materiellen Gütergemeinschaft vollständig durchgeführt ist, findet entweder eine Theilung des gesammten Vermögens nach Quoten statt oder es tritt, wenn die Auflösung durch den Tod eines Ehegatten erfolgt, eine Consolidation in der Hand des Ueberlebenden ein. Indeß sind die hier hervorgehobenen Consequenzen nicht immer vollständig verwirklicht, vielfach kommen Modificationen vor und es geht ein System in das andere über, wobei namentlich der Umstand, ob die Ehe eine bekindete ist oder nicht, bestimmend einwirkt (§. 69).

§. 65. Wenn aus der Ehe Kinder vorhanden sind, so wird mit dem Tode eines Ehegatten nicht immer das frühere Güterverhältniß aufgelöst, sondern der überlebende Parens bleibt mit den Kindern in ungezweiten Gütern sitzen. Dies ist das Institut des Beisitzes, bei welchen der Parens im allgemeinen die Rechte hat, welche dem Ehegatten während der Ehe zustanden. Fand während der Ehe Gütergemeinschaft statt, so ist das Verhältniß nach Auflösung derselben eine fortgesetzte Gütergemeinschaft (communio bonorum prorogata). Hierbei tritt zuweilen das Verfangenschaftsrecht ein, wonach die Immobilien des überlebenden Ehegatten sofort Eigenthum der Kinder werden und ersterer nur den Nießbrauch davon behält. Abgesehen von dem Tode des Parens und der Kinder wird dies Verhältniß durch Schichtung beendet, die regelmäßig in einer Realtheilung besteht und in gewissen Fällen seitens der Kinder gefordert werden kann. In der Regel bezieht sich die Schichtung nur auf den Antheil des Kindes an dem Vermögen des verstorbenen Parens, ausnahmsweise ist sie zugleich eine successio antecipata hinsichtlich des überlebenden.

§. 66. Eine Veranlassung zur Schichtung und demgemäß zur Beendigung des Beisitzes ist regelmäßig die Wiederverheirathung des überlebenden Parens. Um dieser Folge vorzubeugen, ist das Institut der Einkindschaft (Unio prolium) eingeführt.

Dies ist ein Vertrag zwischen dem Parens binubus und dem neuen Ehegatten kraft dessen die Kinder erster Ehe in vermögensrechtlichen, aber auch nur in dieser Beziehung dem Stiefparens gegenüber leiblichen Kindern gleichgeachtet werden sollen. Man unterscheidet dabei zwischen Vor- und Nachkindern, ersteren wird zuweilen ein besonderes Voraus, letzteren ein Reservat ausbedungen. Der Einkindschaftsvertrag bedarf der gerichtlichen Form und einer causae cognitio im Interesse der Kinder.

§. 67. Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern unterliegt zwar im allgemeinen den Regeln des römischen Rechts, indeß ist die väterliche Gewalt in dem schroffen Sinne, wie sie sich im römischen Recht ausgebildet findet, der deutschen Rechtsanschauung fremd geblieben, daher hat hier auch die Idee von der s. g. unitas personae niemals Platz gegriffen und es sind Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn, sowie zwischen Kindern, die sich in derselben väterlichen Gewalt befinden, stets zugelassen und für klagbar erachtet worden. Eine dem deutschen Recht eigenthümliche Art der Emancipation ist bei Söhnen die mit dem Willen des Vaters erfolgte Gründung eines eigenen Hausstandes, bei Töchtern die Verheirathung. Dieselbe wird daher auch Emancipatio Germanica oder Saxonica genannt.

§. 68. Die Vormundschaft kommt im deutschen Recht hauptsächlich als Altersvormundschaft, Geschlechtsvormundschaft und Vormundschaft über Verschollene vor. In Bezug auf die Altersvormundschaft ist gegenwärtig im allgemeinen das römische Recht maßgebend mit folgenden Modificationen: Die Vormundschaft dauert bis zum Beginn der major aetas (25 Jahr) und der Unterschied zwischen Tutel und Curatel ist aufgehoben. Particularrechtlich ist zuweilen ein früherer Termin der Volljährigkeit festgesetzt, als im römischen Recht. Zu den Delationsgründen des römischen Rechts (Gesetz, Testament, richterliche Bestellung) tritt der Vertrag hinzu, d. h. eine vom Vormund consentirte Ernennung durch den Vater (tutela pactitia). Bei allen Arten der Vormundschaft ist aber gegenwärtig eine Confirmation durch die Obrigkeit erforderlich. Die Wirksamkeit des Vormundes beginnt erst mit der Aushändigung der Bestallungsurkunde (Tutorium). Die Geschlechtsvormundschaft beschränkt sich theils auf die Vertretung der Frauenzimmer bei processualischen Handlungen, theils bezieht sie sich außerdem auch auf alle Rechtsgeschäfte, die eine Veräußerung enthalten. Die Vormundschaft über verheirathete Frauen steht dem Ehemanne, über unverheirathete stand sie ursprünglich dem nächsten Schwertmagen zu, doch ist den letzteren später vielfach die freie Wahl des Vormundes gestattet und die Geschlechtsvormundschaft in Betreff derselben überhaupt zu einer leeren Solennität geworden. Neuere Gesetze haben dieselbe deshalb größtentheils beseitigt. — Die Vormundschaft über Verschollene wurde im früheren Recht meist den präsumtiven Erben übertragen, welche das Vermögen des Verschollenen im eignen Namen verwalteten und nur für die Restitution im Fall des Wiedereinfindens Sicherheit bestellen mußten. Neuerdings ist diese Vormundschaft meist der über Minderjährige gleichgestellt.

(§. 61.) Beseler, System, S. 554. Gerber, §. 224. Kraut, Vormundschaft, I, S. 178. (§ 62.) Pütter, Ueber Mißheirathen, 1796. Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit. Schröder in Zeitschrift für Rechtsgeschichte, III, S. 474. Niebelschütz, De matr. ad morganaticam commentatio, 1851. (§. 63—65) Runde, Deutsches eheliches Güterrecht, 1811. Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, 1863, 1868. Roth in Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts, III, S. 313. Schwarz, Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Recht, 1858. Dewies, Lichtstrahlen in das finster umwölkte Verfangenschaftsrecht. Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht. (§. 66.) Tafinger, Lehre von der Einkindschaft, 1785. Hertel, Ueber die Einkindschaft, 1818. Ringelmann, Historische Entwickelung und rechtliche Natur der Lehre von der Einkindschaft, 1825. Hillebrand in Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 10, S. 420. (§. 67.) Beseler, System, S. 567. Gerber, §. 240. Bluntschli, §. 174. (§. 68.) Kraut, Die Vormundschaft

nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, 3 Bde, 1835—59. Rive, Geschichte der Vormundschaft, Bd. I, 1862; II, 1, 1866.

VII. Erbrecht.

§. 69. Die Stellung des Erben im älteren deutschen Recht war wohl nicht die eines Universalsuccessors, gegenwärtig ist in dieser Beziehung das römische Recht durchgedrungen. Dagegen hat sich vielfach der aus dem älteren deutschen Recht stammende Grundsatz erhalten, daß der Todte den Lebendigen erbt, d. h. daß der Erwerb der Erbschaft ohne besondere Antretung ipso jure mit dem Tode des Erblassers erfolgt. Mit religiösen Anschauungen hängt das Institut des Dreißigsten zusammen, wonach während der nächsten dreißig Tage nach dem Tode des Erblassers die Ruhe des Sterbehauses ungestört und jede Einmischung von Privatpersonen, wie seitens der Obrigkeit fern bleiben soll.

Die Grundlage des deutschen Erbrechts ist die auf dem Familienzusammenhang beruhende Intestaterbfolge. Von den neueren Rechten hat das österreichische Gesetzbuch die reine Parentelenordnung des älteren deutschen Rechts angenommen, während andere Particularrechte eine bald mehr, bald minder vom römischen Recht abweichende Successionsordnung festgestellt haben

§. 70. Dem deutschen Recht eigenthümlich ist die Ausscheidung verschiedener Bestandtheile aus dem Nachlaß, welche anderen Personen als den eigentlichen Erben zufallen. Dahin gehört die im wesentlichen aus dem adparatus muliebris bestehende Gerade, die beim Tode eines Ehemannes auf dessen Frau, beim Tode einer Frau auf ihre Niftel, d. h. die nächste weibliche Verwandte von der Weiber= oder Spindelseite vererbt wird. Umgekehrt fällt das Heergewäte, welches ursprünglich aus den zur kriegerischen Ausrüstung gehörigen Gegenständen bestand, beim Tode eines Mannes an dessen nächsten Schwertmagen. In noch größerem Umfange findet eine derartige Sonderung statt, wenn Lehen, Stammgüter oder Familienfideicommisse im Nachlaß vorhanden sind oder wenn eine besondere Erbfolge in Bauergüter eintritt.

§. 71. Nach den meisten Particularrechten haben die Ehegatten viel weitere Ansprüche auf ihren gegenseitigen Nachlaß, als nach römischem Recht. Zum Theil sind diese Ansprüche die Folge einer während der Ehe bestandenen Gütergemeinschaft, zum Theil aber erscheinen sie als wirkliches Erbrecht. Dasselbe erstreckt sich bei kinderlosen Ehen zuweilen auf den ganzen Nachlaß, während bei einer bekindeten Ehe dem Ueberlebenden immer nur eine mehr oder minder große Quote zusteht, wobei ihm jedoch häufig an dem Ueberrest wenigstens ein Nießbrauch eingeräumt ist. Jene Quote pflegt statutarische Portion genannt zu werden, da früher die deutschen Particularrechte allgemein mit dem Ausdruck Statuten bezeichnet wurden.

§. 72. Der überlebenden Wittwe stehen vielfach besondere Vermögensvortheile zu, die entweder zu ihren sonstigen Ansprüchen hinzukommen oder an die Stelle derselben treten. Dahin gehört, abgesehen von der Gerade (§. 59), das Mußtheil oder die Hofspeise, d. i. ein Antheil an den vorhandenen Wirthschaftsvorräthen, ferner die Morgengabe, welche ihr ursprünglich von dem Manne am Morgen nach der Hochzeit pro munere virginitatis gegeben wurde, die aber zuweilen geradezu den Charakter einer Wittwenversorgung angenommen hat. Ein allgemeiner Name für jeden Vermögensvortheil, der der Ehefrau für den Fall ihres Ueberlebens zugesichert wird, ist Witthum (vidualitium), eine besonders bei Adligen vorkommende Art desselben ist die Widerlage (con-

trados, Gegenvermächtniß), welche analog der römischen donatio propter nuptias in einer dem Eingebrachten gleich kommenden Zuwendung besteht. Der Anspruch auf die Illaten, wie auf die Widerlage kann in den Ehestiftungen durch ein Leibgedinge (dotalitium) ersetzt werden, welches die Natur einer lebenslänglichen Rente hat.

§. 73. Eine besondere Erbfolge findet bei Lehen, Familienfideicommissen und Stammgütern Anwendung. a) Zur Succession in ein Lehen gelangen nach gemeinem Lehnrecht die in einer bürgerlich gültigen, standesmäßigen Ehe erzeugten, männlichen, an sich lehnsfähigen Descendenten des ersten Erwerbers; die Succession ist eine Singularsuccession, die Lehnsfolger werden berufen, weil sie von dem ersten Erwerber abstammen und in der ersten Investitur mit einbegriffen sind (ex pacto et providentia majorum), so daß ihr Verhältniß zu dem letzten Besitzer gleichgültig ist. Nur in Bezug auf die Söhne tritt in dieser Hinsicht eine Modification ein. Die Successionsordnung richtet sich im allgemeinen nach dem Principe der Linealgradualerbfolge, doch kommen sowohl in Bezug auf das Lehnfolgerecht wie in Bezug auf die Lehnfolgeordnung vielfache Impropriëtäten vor. Nach den Grundsätzen des früheren deutschen Lehnrechts, die sich zuweilen erhalten haben, sind nur die Descendenten des letzten Besitzers zur Lehnfolge berechtigt. b) Bei den Familienfideicommissen wird die Succession durch den Willen des Stifters bestimmt. Auch hier ist dieselbe eine ex pacto et providentia majorum begründete Singularsuccession. Nach dem Zweck des Instituts ist meist eine Individualsuccession angeordnet, die das Verbleiben des Fideicommisses in einer Hand sichert und die Theilung unter mehreren gleich nahen Fideicommißfolgern untersagt. Ueberdies findet gewöhnlich ein Vorzug der Männer vor den Weibern statt. Die hauptsächlich zur Anwendung kommenden Successionsarten sind das Seniorat, wobei stets der Aelteste aus der Familie ohne Rücksicht auf die Gradesnähe berufen wird; das Majorat, nach welchem das höhere Lebensalter nur bei gleich naher Verwandtschaft den Ausschlag gibt; die Primogenitur, die nach Maßgabe der Linealordnung zuerst die Linie des Erstgebornen, dann die des Zweitgebornen u. s. w. succediren und innerhalb jeder Linie immer wieder das Recht der Erstgeburt entscheiden läßt. Häufig ist dem Fideicommißerben die Verpflichtung auferlegt, den durch ihn ausgeschlossenen Familienmitgliedern eine Apanage oder, wenn es Töchter sind, eine Ausstattung zu gewähren. Gar nicht successionsberechtigt sind in der Regel Uneheliche, Legitimirte, Adoptirte und in einer Mißheirath Erzeugte. c) Aehnliche Grundsätze finden auf die Stammgüter des hohen und zum Theil selbst des niederen Adels Anwendung. Nur beruht hier die besondere Succession auf Hausgesetz oder Observanz, nicht auf einem Privatact. Auch ist vielfach nicht die Untheilbarkeit durchgeführt, sondern die Abweichung vom gemeinen Recht beschränkt sich darauf, daß eine Vererbung lediglich durch die Agnaten stattfindet.

§. 74. In Betreff der Bauergüter kommen Bestimmungen vor, welche darauf abzielen, die Prästationsfähigkeit derselben auch bei der Vererbung zu erhalten. Daher findet sich auch hier sowohl die Bevorzugung des männlichen Geschlechts, wie der Grundsatz der Untheilbarkeit, der zuweilen ebenfalls in der Gestalt des Majorats, häufiger noch als Minorat auftritt. Der zum Bauergut gelangende Erbe (Anerbe) muß seine Geschwister abfinden resp. ausstatten und den Sterbefall an die Gutsherrschaft entrichten, soweit ein solcher überhaupt noch üblich ist.

§. 75. Das in der Natur einer Bauerwirthschaft begründete Erforderniß, daß der Besitzer körperliche Rüstigkeit genug habe, um selbst wirthschaften zu können, ist die Veranlassung zu den Gutsüberlassungs- und Altentheilsverträgen, in welchen der alt gewordene Hofbesitzer einer jüngeren Generation meist einem seiner Kinder Platz macht. Der berufene Anerbe übernimmt stets die lebenslängliche Versorgung des

Abtretenden und seiner Ehefrau; die in der Regel genau fixirten Leistungen, welche zu dieser Versorgung gehören, haben die Natur einer Reallast und führen den Namen Altentheil, Ausgedinge, Leibzucht. Auch wird hierbei gewöhnlich dem Anerben die Verpflichtung auferlegt, seine Geschwister zu alimentiren.

§ 76. Ist beim Tode des Wirthes der Anerbe noch minderjährig, so wird häufig ein Interimswirth bestellt, der die Bewirthschaftung während der Dauer der Minderjährigkeit (Mahljahre) in eignem Namen und zu eignem Nutzen führt und nur die Verpflichtung zur Alimentation und Erziehung des Anerben hat. Gewöhnlich tritt die Interimswirthschaft ein, wenn die Mutter des Anerben zur zweiten Ehe schreitet und zwar wird hier in der Regel der Stiefvater Interimswirth.

§. 77. Das ältere deutsche Recht kennt keine testamentarische Erbfolge; doch finden sich schon früh Geschäfte, die den Charakter einer Zuwendung von Todes wegen haben. Gegenwärtig gilt in dieser Hinsicht das römische Recht mit einzelnen Modificationen, so ist z. B. die Anwendbarkeit des Satzes: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest vielfach ausgeschlossen. Eine besondere Ausbildung ist den gemeinschaftlichen, d. h. den von mehreren Personen in derselben Urkunde errichteten Testamenten zu Theil geworden (testamenta simultanea). Abarten derselben sind die wechselseitigen Testamente (testamenta reciproca), in denen mehrere Personen sich gegenseitig zu Erben einsetzen. Hierbei wird gewöhnlich eine wahre Correspectivität angenommen, so daß kein Testament zu Recht besteht, ohne die Gültigkeit des andern. Der hauptsächlichste, nach einigen Particularrechten sogar der einzige Fall der Anwendung ist die gegenseitige Erbeinsetzung zweier Ehegatten.

An ältere Einrichtungen knüpft das Institut der Testamentsexecutoren an, welche zur Ausführung letztwilliger Anordnungen oder auch zur Regulirung einer Intestaterbschaft vom Erblasser ernannt werden. Ihre Befugnisse richten sich nach dem ihnen ertheilten Auftrag, hiernach wird zwischen Universal- und Specialexecutoren unterschieden. Im allgemeinen sind sie befugt, innerhalb der ihnen gegebenen Vorschriften den Nachlaß zu vertreten, namentlich auch Processe für denselben zu führen; man hat sie deshalb nicht mit Unrecht formelle Repräsentanten des Erblassers genannt. Für die Ausführung des übernommenen Auftrages haften sie den Erben nach den Grundsätzen von der actio mandati.

§. 78. Eine Bestimmung der Erbfolge durch Vertrag wird im römischen Recht als gegen die Testirfreiheit und deswegen auch gegen die guten Sitten verstoßend angesehen. In Deutschland dagegen haben vornehmlich durch die Jurisprudenz die Erbverträge zunächst in Bezug auf die Ehestiftungen, dann auch in weiterem Umfange Anerkennung gefunden und in Folge dessen, wenn sie auch nicht geradezu als ein gemeinrechtliches Institut anzusehen sind, doch ein großes Geltungsgebiet erlangt. Die Erbverträge können entweder Erbeinsetzungsverträge oder Erbverzichte sein. Bei den ersteren kann es sich darum handeln, ein gesetzliches Erbrecht gegen letztwillige Verfügungen zu sichern oder ein neues Erbrecht entweder für einen der Paciscenten oder für einen Dritten zu begründen. Darauf beruht der Unterschied zwischen conservativen, acquisitiven und dispositiven Erbverträgen. Besondere Arten der Erbverträge sind die in Ehepacten vorkommenden Verabredungen über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten, welche von der Gültigkeit des Ehevertrages abhängig sind und entkräftet werden, wenn die Auflösung der Ehe durch Scheidung erfolgt. Ferner gehören hierher die beim hohen Adel vorkommenden Erbverbrüderungen (Ganerbschaften; pacta confraternitatis), in denen eine Familie für den Fall, daß ihr Mannesstamm erlöschen sollte, einer anderen das Erbrecht zusichert. Ebenfalls im Kreise des hohen, zum Theil aber auch in dem des niederen

Adels kommen als renuntiationes necessariae die Erbverzichte adliger Töchter vor, welche, um das Stammgut bei der Familie zu erhalten, gegen eine Abfindung ihrem Erbrecht entsagen. Die Entsagung erfolgt aber regelmäßig nur bis auf den ledigen Anfall, d. h. so, daß beim Aussterben des Mannesstammes das Erbrecht des Renuncianten wieder in Kraft tritt. Die Frage, ob in solchem Falle die nächste Agnatin des letzten Besitzers (Erbtochter) oder der Abkomme der ersten Renunciantin (Regredienterbe) den Vorzug hat, wird meist zu Gunsten der ersteren zu entscheiden sein.

(§. 69.) v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, 1828. Siegel, Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters, 1853. Stobbe in Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 5, S. 293. Lewis, Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht, 1864. Renaud in kritischer Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 19, 20. Homeyer, Der Dreißigste, 1864. Unger, Oesterreichisches Erbrecht (System des österreichischen Privatrechts, Bd. 6). Witte, Das preußische Intestaterbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt, 1838. (§. 70—72.) Runde, Das eheliche Güterrecht. Heydemann, Elemente der Joachimischen Constitution. Beseler, System, S. 641. Gerber, §. 255. (§. 73.) Vergl. die Literaturangaben oben zu §. 43—45. (§. 74—76.) Pfeiffer, Das deutsche Meierrecht, 1848. Runde, Die Rechtslehre von der Interimswirthschaft, 1796. Derselbe, Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheil, 1805. Hänsel, Die Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht, 1824. Rößler, Ueber das Ausgedinge auf Bauergütern, 1842. (§. 77—78.) Hahn, De diversis testamentorum formis quae in Germania obtinuerunt, 1847. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1837—40. Derselbe in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 9, S. 144 (Testamentsvollzieher). Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860.

3. 4. 5.

Das Handels-, See- und Wechselrecht.

Von

Prof. Dr. Wilhelm Endemann
in Jena.

3. Das Handelsrecht.

Das Handelsrecht im weitesten Sinne umfaßt alle auf den Handel bezügliche Normen, auch die des öffentlichen Rechts, welche die staatsrechtliche, administrative, sowie namentlich die internationale Regelung des Handels betreffen. Handelsrecht im engeren, hier zu Grunde zu legenden Sinne ist die Summe derjenigen Rechtsbestimmungen, welche sich auf die aus dem Handelsrechte entspringenden bürgerlichen Rechtsverhältnisse beziehen. Dasselbe erscheint mithin als ein Theil des bürgerlichen oder Civilrechts überhaupt, insofern letzteres die rechtliche Ordnung des gesammten Privatrechts begreift. Demgemäß wird das Handelsrecht noch heute, wenn auch kaum in den Bearbeitungen des römischen Civil- oder Pandektenrechts, doch häufig in den Lehr- und Handbüchern des deutschen Privatrechts als bloßer Unterabschnitt des allgemeinen Privatrechts dargestellt. Offenbar entspricht eine solche Auffassung dem Grundgedanken des modernen Staats- und Gesellschaftslebens, daß auch im Gebiete der Privatrechtsbeziehungen Ein Recht für Alle bestehen soll; ein Princip, welches dadurch in seiner fundamentalen Bedeutung nicht beeinträchtigt wird, daß diese oder jene Reihe rechtlich bedeutsamer Erscheinungen und folglich auch die Anwendung der dieselben normirenden Rechtssätze thatsächlich auf einzelne Gebiete des Verkehrs oder Klassen von Menschen beschränkt bleibt. Während in diesem Sinne, aber auch nur in diesem Sinne, also wissenschaftlich und gesetzgeberisch von einem besonderen Landwirthschafts-, Bergrecht u. dgl. die Rede sein kann, ohne daß dadurch die ideale Einheit des Privatrechts in Frage gestellt erscheint, wird fortwährend das Handelsrecht in der Regel, zumal seit seiner Codification, als ein, zwar mit dem allgemeinen Civilrecht in unverkennbarem Zusammenhang stehender, aber doch durchaus selbstständiger Rechtszweig betrachtet.

Der Widerspruch gegen das Postulat der Rechtseinheit, welcher dem Handelsrecht eigen ist, insofern es als ein Sonderrecht des Handels auftritt, erklärt sich indessen vollkommen aus der geschichtlichen Entwickelung.

I. Geschichtliche Entwickelung.[1]

Das römische Recht kennt keine Ausscheidung eines Specialhandelsrechts. Was sich an Rechtsinstituten und Normen, welche wesentlich den Handelsverkehr berühren, dort vorfindet, bildet in den Schriften der Juristen, wie in den Gesetzbüchern einen integrirenden Bestandtheil des bürgerlichen Gesammtrechts. Unzweifelhaft hat gerade der zunehmende Handelsverkehr einen überaus wichtigen Einfluß auf den Verlauf der Rechtsbildung geübt. Durch die Verkehrsberührung mit anderen Staaten und Völkern vollzog sich eine große Umwandlung des bisher

[1] Andeutungen über diese mit Nachweisen der Literatur siehe bei Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, § 3 ff.; und eine kurze Uebersicht bei Endemann, das deutsche Handelsrecht, 2. Auflage, §. 4. Umfassende und ausführliche Bearbeitungen der Geschichte des Handelsrechts liegen bis jetzt nicht vor.

starr in sich abgeschlossenen ursprünglich nationalen Privatrechts. Das letztere wurde durch Anerkennung der als jus gentium bezeichneten, von den erweiterten Verkehrsbedürfnissen geforderten Formen und Regeln sichtlich erweitert, beweglicher gemacht und der fortschreitenden wirthschaftlichen Cultur angepaßt. Man muß demnach sagen, daß in der mittleren und späteren Zeit des römischen Reichs gerade der Handelsverkehr wesentlich zu der Färbung des ganzen Rechtszustandes beigetragen hat. Allein es zeigte sich ebenso wenig Neigung, für den Handel auch nur eine besondere Unterabtheilung des bürgerlichen Rechts zu schaffen, als dies für irgend einen anderen Zweig der menschlichen Thätigkeit der Fall war.

Die Ursache dieser Erscheinung lag nicht etwa blos in der juristischen Anschauungsweise der Wissenschaft und Gesetzgebung, sondern wesentlich in den wirthschaftlichen und socialen Zuständen Roms. Nicht als ob es an einem großartigen, viel verzweigten Handelsverkehr, oder an der Neigung zum Handel gefehlt hätte. Wohl aber hinderte die Sklavenwirthschaft und der damit gegebene Großbetrieb bis über die Periode des classischen Rechts hinaus so gut wie vollständig, daß sich der Handel als freier Arbeitszweig zu einer eigenen festen Berufsthätigkeit Vieler, sei es unmittelbar in der Bewirkung des Umsatzes, sei es in den mittelbar den Umsatz fördernden und unterstützenden Geschäften, wie Transport, Commission u. dgl., gestaltete. Nothwendig erscheint der römische Handelsverkehr, wenn auch nicht quantitativ, doch qualitativ dürftig, weil eine Menge der Functionen, welche jetzt nach dem nur für freie Arbeit gültigen Princip der Arbeitstheilung in großer Mannichfaltigkeit als freie Erwerbsarbeit auftreten, damals großentheils von den großen Capitalisten und Unternehmern durch ihre unfreien Leute vollzogen wurden. Jeder mochte zwar Handel treiben, gelegentlich oder fortwährend, allein es fehlte nach der Stellung, welche die Arbeit in dem römischen Staate einnahm, alles, was die Ausübung des Handels zu einer wirthschaftlichen Lebensaufgabe macht, geschweige denn, die dieser Aufgabe sich widmenden Personen als einen besonderen Stand, sei es auch nur im wirthschaftlichen Sinne, erscheinen läßt. Unter solchen Verhältnissen konnte keine Veranlassung sein, ein Specialrecht des Handels aufzustellen, und als in der späteren Zeit allenfalls Anfänge dazu sich zeigten (tit. Cod. IV, 59, 60, 63; Nov. 136), war die Epoche lebendiger Rechtsbildung vorüber. [1])

Von einem besonderen Recht des Handels ist erst im Mittelalter die Rede. Zunächst gab dazu die für jene Zeit charakteristische ständische Gliederung eine Grundlage. Unter der Herrschaft der Ideen, nach welchen die bürgerliche Gesellschaft überhaupt in eine Reihe von Ständen mit verschiedenen Standesrechten zerfiel, gab es auch einen eigenen Kaufmannsstand. Derselbe hatte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die anerkannte Befugniß, in den Gilden oder Collegien sein eigenes Statutarrecht zu erzeugen und seine eigene, für die Gildegenossen häufig sogar auf fremde Markt- und Hafenplätze ausgedehnte (consularische) Gerichtsbarkeit auszuüben. Zugleich walteten Gründe, welche auch dem objectiven Wesen nach das aus dem Kaufmannsstande hervorgegangene Recht mit dem übrigen Civilrecht oder dem Privatrecht anderer Stände in Gegensatz brachten. Die schematistische Richtung der Rechtsbehandlung führte in raschem Zunehmen zu einer übermäßigen Künstlichkeit des materiellen Rechts und ebenso nothwendig zu einer außerordentlichen Weitläufigkeit des Proceßgangs. Dem aufstrebenden Handel war dies unerträglich. Nothwendig mußte er darnach streben, für seinen Rechtsverkehr eine andere Bahn einzuschlagen, das gesunde materielle Recht geschützt, oder, wenn dies so einfach nicht geschehen konnte, wenigstens die schlimmsten Spitzen und Auswüchse der gemeinen, die Raschheit, Einfachheit und Sicherheit der Rechtshülfe sichtlich gefährdenden Rechtslehre abgestumpft zu sehen.

---

[1]) Siehe die Literatur über römische Zustände Goldschmidt I, §. 4, Nr. III; zur Charakteristik des römischen Handelsrechts daselbst §. 37, Note 3; über die wirthschaftlichen Zustände und deren Folgen in der Rechtsentwickelung Endemann, §. 4, Nr. I und §. 74. 88.

Dieser Widerstreit des kaufmännischen wider das übrige bürgerliche Recht wurde aber um so größer, je mehr das letztere von wirthschaftlichen Ansichten geleitet wurde, denen der Handelsverkehr feindlich erschien und in Wirklichkeit feindlich war. Jenes kanonische Dogma, welches gewöhnlich als Wucherverbot bezeichnet wird, mußte eigentlich den Handel völlig verdammen. Wenn sich dies unmöglich erwies, und wenn auch der strenge kirchliche Lehrsatz, der consequent zu der reinsten Naturalwirthschaft zurückstrebte, sich der Macht des reellen Lebens beugen und den Handel dulden mußte, so blieb doch die von der kirchlichen Orthodoxie geleitete Theorie und Gesetzgebung nothwendig bemüht, zum Schutze der sog. kanonischen Gerechtigkeit gegen die Speculationslust den Verkehr mittelst einengender Rechtsgrundsätze zu überwachen. Indem diese Richtung das gesammte bürgerliche Recht beherrschte und zu einer Menge von Präventivmaßregeln, Unterscheidungen und Beschränkungen führte, war der Handel auch von dieser Seite her genöthigt, die dem freien Verkehr auferlegten, überaus drückenden Fesseln zu lockern, oder, was oft nur in den künstlichsten Wendungen möglich war, zu umgehen.

Anfangs trat das Handelsrecht nur als zersplittertes Statutarrecht einzelner Corporationen oder Städte auf. Indessen führte der instinctiv Rechtseinheit suchende und findende Trieb des Handelsverkehrs allmählich zu einer gewissen Gemeinsamkeit. Angesichts der unwiderstehlichen Thatsachen sah sich die Doctrin genöthigt, in immer größerem Umfang Eigenthümlichkeiten und Abweichungen des kaufmännischen Rechts gutzuheißen. Und wenn sie dies zuerst nur an vereinzelten Stellen ihres Systems that, so kam doch nach und nach die Zeit, wo geradezu das jus mercatorum et mercaturae, namentlich in seinem vielfältigen Gegensatz gegen das Wucherdogma, — denn eben von diesem Standpunkte gehen die ersten Darstellungen aus [1]) — Gegenstand besonderer Bearbeitung, damit freilich oft genug auch wieder Opfer derselben Methode wurde, gegen welche der Handelsverkehr von Hause aus das höchste Widerstreben empfinden mußte.

Auf diese Weise bildete sich, wie in allen Ländern, so auch in Deutschland, wo die bedingenden Ursachen ganz dieselben waren, wie in den romanischen Ländern, der Begriff eines Sonderrechts, zunächst getragen von dem Stand der Kaufleute, innerlich aber zugleich gestützt auf sachliche Abweichungen von dem gemeinen Rechtszustand. Seinen Ausdruck fand es hier hauptsächlich in den Rechtsbüchern der handeltreibenden Städte. Durch die Reception der fremden Rechte ging aber auch auf diesem Gebiete das nationale Element bis auf wenige Reste unter.

Gegen die neuere Zeit hin fielen die Gründe, welche zu der Entstehung eines eigenen Handelsrechts mitgewirkt hatten, zum großen Theil hinweg. Das Ständewesen der älteren Zeit fand in dem modernen Staate sein Ende. Der Kaufmanns**stand** als solcher konnte keinen Anspruch mehr darauf erheben, ein besonderes Standesrecht zu besitzen. Ein solches mußte immer mehr als unerträgliche und unausführbare Anomalie erscheinen. Da ferner die kanonistische Wucherlehre zum größten Theile überwunden wurde, verschwand insoweit das Bedürfniß besonderer Rechtfertigung oder Erleichterung, welches das Handelsrecht vordem dieser gegenüber zu suchen hatte. Deshalb zeigt sich denn auch der Gegensatz und die Fortbildung des letzteren eine geraume Zeit hindurch minder intensiv, ward häufig sogar fast vergessen.

Nichtsdestoweniger blieb der innere Grund, das Handelsrecht als eine Besonderheit anzusehen, der für den Handelsverkehr ungenügende, in der alten Methode forterhaltene und von dem realen Leben weit überholte Zustand des Privatrechts, zurück. Ja er trat um so deutlicher in den Vordergrund, je mehr man in der Neuzeit anfing, an dem überkommenen Zustand des gemeinen Privatrechts vom Standpunkte des Verkehrsbedürfnisses

[1]) Siehe über die Literatur dieser Periode Goldschmidt I, §. 8; und über die Zustände des Handels §. 5. 6; desgl. Endemann, §. 10, Nr. I und §. 5, Nr. II.

aus Kritik zu üben. Mit neuem Eifer machte der Handel Forderungen nach einem anderen, seinem Wesen und seinen neuen Erscheinungen entsprechenderen Rechte geltend. Aber die Basis eines Specialhandelsrechts war jetzt eine andere. Einmal mußte dasselbe, wenn es nicht mehr Standesrecht der Kaufleute sein konnte, und das war unmöglich, da es eine corporative Abgeschlossenheit des letzteren nicht mehr gab, wesentlich auf den Begriff eines sachlichen, durch die Eigenheit der objectiven Handelsverkehrsverhältnisse bedingten Sonderrechts gestellt werden. Sodann war es, seitdem es in dem bestehenden Staatswesen für selbstständige Rechtserzeugung des gesammten Volkes sowohl, wie einzelner Kreise, keinen rechten Boden mehr gab, unvermeidlich, daß die Fortbildung der staatlichen Gesetzgebung anheim fiel. Die Normen, deren er bedurfte, hatte der Handel von nun an wesentlich bei der Staatsgewalt zu suchen und in von Staats wegen erlassenen Gesetzen zu finden.

Auf diesem Wege gelangte das Handelsrecht, nachdem es schon früher mancherlei mehr oder minder umfassende Regelungen empfangen hatte, in der jüngsten Periode seiner Entwickelung bei der förmlichen Codification an. Nur so konnte das vor allen Dingen tief gefühlte, durch die erweiterten Verkehrsbeziehungen hervorgerufene Bedürfniß nach Rechtseinheit, wenigstens innerhalb eines jeden größeren Staates, befriedigt werden.

Nach dem Vorgange und meist nach dem Vorbilde des französischen Code de commerce sind in fast allen europäischen Staaten ausführliche Handelsrechtsordnungen erlassen worden.[1]) Jetzt hat auch Deutschland sein Handelsgesetzbuch.

Es wird sich fragen, ob nicht in näherer oder fernerer Zukunft das Handelsrecht wieder mit dem allgemeinen Civilrecht verschmolzen und damit die unter allen Umständen unnatürliche Abgrenzung desselben, aus welcher im Zusammenhang mit einer eigenen Handelsgerichtsbarkeit und einem eigenen Handelsproceß nothwendig eine Quelle von Conflicten wird, vermieden werden kann.

Uebrigens ist neuerdings bereits mehrfach der Gedanke besprochen worden, nicht nur in wissenschaftlicher Construction, sondern auch im Wege einer Codification dem Welthandel ein internationales Handelsrecht darzubieten.

II. Die Quellen des bestehenden deutschen Handelsrechts

sind folgende:

A. Positive Gesetze. Unter diesen steht voran:

1. Das deutsche Handelsgesetzbuch. Nachdem mehrfache Anregungen vor 1850 nicht zum Ziele geführt hatten, wurde durch Beschluß der Bundesversammlung im Jahre 1856 die Ausarbeitung eines Handelsrechtscodex veranlaßt und in den Jahren 1859 bis 1861 vollendet.[2]) Der aus den Berathungen zu Nürnberg und Hamburg hervorgegangene, von dem Bunde gebilligte Entwurf konnte nach der damaligen Verfassung Deutschlands nur durch die Einzelgesetzgebungen in Kraft treten. Im Verlaufe der Jahre 1861 bis 1865 fand die Publication mittelst besonderer Einführungsgesetze in den meisten deutschen Ländern statt.[3]) Das Handelsgesetzbuch galt also in jedem deutschen Staate formell nur als Particulargesetz, war mithin auch an sich particularen Abänderungen ausgesetzt. In dieser Weise gilt das Gesetz noch zur Stunde im Gebiete des Norddeutschen Bundes, mit Ausnahme von Lippe-Bückeburg und eines Theils des preußischen Jadegebietes,

[1]) Dieselben sind (bis 1861) vollständigst und mit der zugehörigen Literatur angeführt bei Goldschmidt, §. 10 ff.; siehe auch Thöl, §. 6 und zur Ergänzung der neuesten Geschichte Endemann, §. 7, Nr. II.

[2]) Das Nähere über die Geschichte der Bearbeitung, die Grundlagen, Zusammensetzung der Conferenz, Protocolle, Kritiken u. s. w. siehe Goldschmidt, I, S. 94 ff; von Hahn, Comm. I, §. 4 ff.; Endemann, §. 7, Nr. II, 1.

[3]) Goldschmidt, I, S. 180, 522; abgedruckt sind sie in der Ausgabe des Handelsgesetzbuches von Lutz, Würzburg 1867. Vollst Uebersicht in Busch's Archiv für Handelsrecht, XIII, S. VII.

wo das Handelsgesetzbuch bisher nicht publicirt worden ist, sowie in den süddeutschen Staaten Baiern, Würtemberg, Baden, Hessen und in Oesterreich, und zwar nicht blos in Deutschösterreich, sondern auch in einem großen Theile seiner außerdeutschen Lande.

Wenn auch hier und da durch die Legislation der Einzelstaaten einige Abänderungen beliebt oder Ergänzungen, zu denen die nicht gerade seltenen und aus dem Standpunkt des damaligen deutschen Bundesrechts erklärlichen Vorbehalte des Handelsgesetzbuchs zu Gunsten der Particularrechte Veranlassung gaben, zugefügt worden sind, so ist doch im wesentlichen, soweit der Umfang des Gesetzbuchs reicht, eine thatsächliche Rechtseinheit begründet worden. Für die zum Norddeutschen Bunde vereinigten Staaten ändert sich jedoch das Verhältniß insofern, als nach dem von dem Bundesrathe vorgeschlagenen und von dem Reichstage angenommenen Gesetz das Handelsgesetzbuch vom 1. Januar 1870 an im ganzen Bundesgebiete als Bundesgesetz eingeführt wird.[1])

Da das Handelsgesetzbuch keineswegs eine absolut vollständige Codification des gesammten Handelsrechts geliefert hat und nur insoweit, als es in diesem Sinne disponirt, das bisher bestandene Recht beseitigt, so kommen neben ihm

2. immer noch möglicherweise älteres Handelsrecht, sei dieses geschriebenes (particulares), sei es ungeschriebenes (gemeines), oder in Ermangelung eines positiven Handelsrechtsgesetzes oder Handelsgebrauchs, das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.[2]) Indessen erweist sich das Handelsgesetzbuch doch von solchem Umfange, daß der Rückgriff auf die älteren Handelsrechtsgesetze, Markt-, Mäklerordnungen u. dgl., welche noch viel unvollständiger waren, im ganzen selten. Ungleich mehr Gelegenheit bleibt übrig zu dem Rückgriff auf das gewöhnliche, durch Gesetz oder Gewohnheit geordnete bürgerliche Recht; nämlich insoweit, als nicht das Handelsgesetzbuch oder das sonstige Handelsrecht Bestimmung trifft.

Was die Auslegung des Handelsgesetzbuchs anlangt, so entscheidet selbstverständlich zunächst der Wortlaut seiner Artikel in dem Sinn, welchen „der Gesetzgeber" demselben beigelegt hat. Indessen ist das Handelsgesetzbuch selbst schon früher von den einzelnen deutschen Staaten und jetzt von der Bundesgesetzgebung unverändert auf Grundlage der Conferenzberathungen angenommen worden. Folgeweise bilden die Protocolle der letzteren, innerhalb des nothwendig einzuhaltenden Rahmens des Gesetzes selbst ein wichtiges Hülfsmittel für die Erkenntniß des Sinnes, welchen die Commissäre damit verbunden und die Gesetzgebung im Zweifel sich angeeignet hat.[3])

Für die Erhaltung der Rechtsgemeinschaft aber, welche hauptsächlich darauf beruht, daß die Auslegung des Gesetzbuches einer einheitlichen höchsten Instanz zukommt, ist für den Umfang des Norddeutschen Bundes durch die von dem Reichstage (1869) beschlossene Einsetzung eines Bundes-Oberhandelsgerichts gleichzeitig mit der Einführung des Handelsgesetzbuchs als Bundesgesetz gesorgt.

B. Das Gewohnheitsrecht. Obwohl die Berechtigung desselben neben dem positiven Gesetz im Gebiete des Handelsrechts ebenso gut anerkannt ist, als in dem des übrigen Rechts, so ist doch, wie oben bereits angedeutet, von Gewohnheitsnormen in demselben Maße nichts mehr zu sagen, als die positive Gesetzgebung die Fixirung der Rechtssätze übernimmt. Neben dem Handelsrechtscodex ist bei der zur Zeit vorhandenen Lage der Dinge, wonach auch der Handel sich gewöhnt hat,

---

[1]) Zur Zeit ist das Gesetz (während des Druckes) noch nicht publicirt; indessen steht die Publication nahe bevor. Dasselbe hebt zugleich alle Abänderungen, welche das Handelsgesetzbuch durch Particulargesetze erfahren hat, mit einigen Vorbehalten auf und läßt nur die Ergänzungen bestehen. Siehe über seinen Inhalt Busch's Archiv für Handelsrecht, Band 16.

[2]) Art. 1. — Goldschmidt, I, §. 33.

[3]) Siehe über die Protocolle von Hahn, I, §. 16; Goldschmidt, I, § 34; Zeitschrift für Handelsrecht, X, S. 40.

die Fortbildung des Rechts wesentlich von der Hülfe der staatlichen Legislation zu erwarten, und bei der Bereitschaft der letzteren, dieser Erwartung zu entsprechen, der selbstständigen Erzeugung größerer Rechtssätze unmittelbar aus der Uebung des Verkehrs heraus kaum noch Raum gelassen. Die Gewohnheit producirt in der Regel nur noch untergeordnetere Auslegungs= Ergänzungssätze, Formen u. dgl.; ausgenommen diejenigen Gebiete, wie Versicherungs=, Verlagsrecht u. dgl., denen es an einer gemeinsamen, meist auch an einer particularen Regelung durch Gesetz gänzlich gebricht. In diesem Sinne gibt es

1. Handelsgebräuche, Usancen, auf welche Art. 1 des Handelsgesetzbuches ausdrücklich für den Fall zunächst verweist, daß es selber keine Bestimmung enthält, womit zugleich ausgedrückt wird, daß der Handelsgebrauch keine derogatorische Kraft dem Handelsgesetzbuch gegenüber haben und daß jede ältere dem Handelsgesetzbuch widerstreitende Gewohnheit beseitigt sein soll.[1]) Diese so bezeichnete Handels= oder kaufmännische Gewohnheit ist ihrerseits eine particulare, häufig sogar nur locale eines bestimmten Handelsplatzes, einer Börse u. s. w., oder eine gemeine. Die Voraussetzungen, nach denen beurtheilt wird, ob wirklich ein rechtswirkender Gebrauch vorliegt, sind dieselben, wie bei jedem Gewohnheitsrecht. Erkannt wird die Usance häufig, wenn dies auch nicht das einzige nothwendige Mittel ist, durch Aufzeichnungen, Zeugnisse (Parere's) der Handelscorporationen, Handelskammern, Börsen, beziehungsweise der dieselben vertretenden Beamten, durch Parömien, oder thatsächliche Uebung, wie sie sich namentlich in gewissen Formen und Formeln für bestimmte Rechtsverhältnisse oder Geschäfte ausspricht. Im Nothfalle muß der Handelsgebrauch erst bewiesen werden.

Seine größte Bedeutsamkeit hat der Handelsgebrauch dadurch, daß er zur Auslegung der Intention der Betheiligten dient. Wo ein anerkannter Gebrauch besteht, muß im Zweifel unterstellt werden, daß stillschweigends mit Unterwerfung unter denselben verfahren wird.[2])

2. Die Uebung der Handelsgerichte ist vielfach eben wohl nur ein Zeugniß des bestehenden Handelsgebrauchs. Allein, wie die Rechtspflege überhaupt, so kann auch die Rechtspflege des Handels als usus fori unmittelbar für die Fortbildung des Rechts thätig sein. Insofern werden daher die Präjudizien der Gerichtshöfe, namentlich der höheren und höchsten, unter welch' letzteren für Deutschland seither der zu Lübeck verdientes Ansehen genoß, nicht nur für die Auslegung der positiven Normen, sondern auch für das außerhalb der letzteren gelegene Recht eine wichtige Quelle.[3])

C. Die **Wissenschaft** endlich hat hier, wie in dem gesammten Rechtsgebiet, die Aufgabe, theils das bestehende Recht zu erklären und dessen Erkenntniß auf die leitenden Principien zurückzuführen, theils aber auch durch die Erkenntniß des innerlich Nothwendigen die Fortentwickelung des Rechts im Flusse zu erhalten, vorzubereiten und häufig sogar, insbesondere da, wo positive Gesetze nicht vorhanden sind, zu vollenden.[4])

III. Literatur.

Das Handelsrecht hat eine reiche Literatur, zumal wenn diejenige fremder Rechte, welche bei dem internationalen Charakter des heutigen Großhandels sehr oft praktisch berücksichtigt werden muß und ebenso oft für die wissenschaftliche Erkenntniß auch in Betreff der Vergangenheit Bedürfniß wird, mit heranzuziehen ist. Eine Uebersicht derselben für das Alterthum, das Mittelalter, die Neuzeit bis zu den Codificationen

[1]) Siehe Goldschmidt, I, §. 36; von Hahn, I, S. 3 gegen Thöl, §. 11 a, Nr. III, 4; Endemann, §. 6, Note 17.

[2]) Goldschmidt, I, §. 35; Endemann, §. 6, Nr. II; Sammlungen siehe Goldschmidt, I, §. 31, Nr. V, VII.

[3]) Sammlungen siehe Goldschmidt, I, §. 31, Nr. VI; Endemann, §. 10 a. E.

[4]) Endemann, §. 6, Nr. III; vergl. Goldschmidt, I, §. 34 z. A.

[5]) Siehe dazu einige Ergänzungen neueren Datums bei Endemann, §. 10.

und nach den Codificationen, sowie insbesondere des deutschen Handelsrechts liefert vor allen anderen Werken Goldschmidt a. a. O. §. 4—14, 31.[5]) Die ältere, romanische (Stracha, Scaccia, Ansaldus, Casaregis), wie deutsche (Rider, Cuppener, Marquard u. A.) Literatur hat nur noch historisches Interesse. Ein Gleiches gilt zum großen Theil selbst von den Werken der neueren Zeit, sofern sie vor dem den Inhalt und die Grundlagen wesentlich umgestaltenden deutschen Handelsgesetzbuch liegen (Martens, Bender, Pöhls, Heise). Seit Erscheinen des letztern zerfallen die Bearbeitungen in systematische und commentirende. Kürzere systematische Darstellungen finden sich in allen neueren Lehr- und Handbüchern des deutschen Privatrechts, unter denen die von Gerber, Bluntschli, Beseler in ihren jüngsten Ausgaben hauptsächlich zu erwähnen. Selbstständige systematische Werke über das Handelsrecht in seiner Gestaltung nach dem Handelsgesetzbuch sind von Thöl (der in der 4. Auflage seines Werkes wenigstens die Resultate des Handelsgesetzbuchs zugefügt hat), Gad, Auerbach, Goldschmidt (Handbuch, bis jetzt Band 1, Abth. 1 und 2), Endemann. Unter den Commentaren müssen als die bedeutendsten genannt werden die von Hahn, Makower, Anschütz-Völderndorff. Mannichfaches Material bieten auch die Commentare von Koch (besonders für Preußen), Wengler und Löhr. —

IV. Der Umfang des Handelsrechts,

wie es aus den vorgedachten Quellen hervorgeht, muß um seiner Anwendung willen bestimmt werden, sobald dasselbe in Gegensatz zu dem sonstigen Privatrecht tritt und namentlich sobald mit dem Handelsrecht eine eigene Handelsgerichtsbarkeit verbunden wird. Dieser Umfang würde an sich als durch den Begriff des Handels gegeben betrachtet werden können. Allein die positiven Gesetze haben keineswegs alles, was im weitesten Sinne Handel, d. h. Vermittelung zwischen Production und Consumtion, heißt, den handelsrechtlichen Normen unterwerfen zu dürfen geglaubt. Insbesondere ist in dem Handelsgesetzbuche eine Grenze des Handelsbegriffs als Kriterium für die Competenz des Handelsrechts gesucht worden, die, wenn sie auch der Grundidee nach auf das Richtige hinausläuft, im einzelnen äußerst künstlich wird, eine dem Leben widerstrebende Trennung und eine Menge von Zweifeln oder Unsicherheiten hervorruft.

Das Handelsgesetzbuch schließt zunächst vom Begriffe des Handelsgeschäftes und damit vom Handelsrechte aus alle Verträge über Immobilien (Art. 275), was jedoch den handelsrechtlichen Charakter der Immobiliarversicherung nicht alterirt. Im übrigen bestimmt dasselbe die Competenz nach einem gemischten System, nämlich hauptsächlich nach dem objectiv sachlichen Begriff des Handelsgeschäftes und der Handelssache, zum Theil aber auch, worin denn die letzten Erinnerungen an das frühere Standesrecht hervortreten, nach dem subjectiven Begriff des Kaufmanns.[1])

A. Für **absolute Handelsgeschäfte**, d. h. für solche, die dies unter allen Umständen sind, auch wenn sie vereinzelt (nicht gewerbsmäßig) und von einem Nichtkaufmann gemacht werden, werden erklärt (Art. 271): 1) der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren, anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Actien oder anderen handelsmäßigen Werthpapieren, um dieselben wieder zu veräußern, wobei es keinen Unterschied begründen soll, ob die Veräußerung der Waaren in Natur oder nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung geschieht; 2) die Uebernahme einer Lieferung der unter 1. bezeichneten Gegenstände, sofern sie der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft; also mit Ausschluß der Lieferungsgeschäfte aller Producenten; 3) die Uebernahme oder Versicherung gegen Prämie; 4) die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See. Im ganzen sollen durch diese Rubriken die eigentlichen Speculationsgeschäfte unter das Handelsrecht gestellt werden.

[1]) Vgl. Goldschmidt, I, §. 1, 42; Endemann, §. 1, 5; von Hahn, II, S. 1 ff.; auch zur Erklärung der folgenden Definitionen und der daraus entspringenden vielfachen Zweifel.

B. **Relative Handelsgeschäfte**, d. h. solche, welche es nur unter gewissen Voraussetzungen sind, gibt es in zwei Gruppen.

1) Wenn gewerbsmäßig betrieben (Art. 272), sind Handelsgeschäfte: a) die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, sofern der Gewerbsbetrieb des Unternehmers über den Umfang des bloßen Handwerks hinausgeht; b) die Bankier- und Geldwechslergeschäfte; c) die Geschäfte des Commissionärs, Spediteurs, Frachtführers und der für den Personentransport bestimmten (größeren) Anstalten; d) die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen, also namentlich die der Mäklerthätigkeit; e) die Verlags-, Buch- und Kunsthandelsgeschäfte, die Geschäfte der mehr als handwerksmäßigen Druckereien.

Damit werden also gewisse Geschäftszweige, und zwar die meisten unter Abgrenzung gegen denjenigen Betrieb, der nur als Handwerks- oder Kleinbetrieb erscheint, als handelsmäßige anerkannt. Da aber die Gewerbsmäßigkeit, welche vorausgesetzt wird, zugleich den Begriff des Kaufmanns begründet, so ist damit auch schon der Uebergang zu der subjectiven Grundlage der Handelsrechtskompetenz gegeben.

Das Handelsgesetzbuch kennt ferner Geschäfte, die, wenn auch nur einzeln, nicht gewerbsmäßig vorgenommen, Handelsgeschäfte sind,

2) sobald sie von einem Kaufmann gemacht werden. Dahin, d. h. von einer Person, welche thatsächlich in gewerbsmäßiger Weise Handel treibt, gleichviel ob sie dies gegen polizeiliche, administrative oder ähnliche Verbote thut (Art. 276), gehören: a) alle unter Nr. 1 aufgeführten Geschäfte (Art. 272, Abs. 2). Sie bleiben trotz vereinzelter Vornahme Handelsgeschäfte wegen der Kaufmannsqualität dessen, der sie macht, auch wenn sie nicht zu dem Gewerbsbetrieb desselben gehören. b) Außerdem alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören (Art. 273), wie insbesondere die gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Behufe angeschafften (nicht der von ihm selbst producirten) Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapiere, jedoch wieder unter Ausschluß der Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebs geschehen; sodann die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, die bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder consumirt werden. Dazu kommt noch die ausdehnende Vermuthung, daß im Zweifel jeder von einem Kaufmann geschlossene Vertrag und bis zum Beweise des Gegentheils jeder von einem Kaufmann gezeichnete Schuldschein als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig angesehen werden soll (Art. 274).

Es sind unter dieser Kategorie also einmal die sog. Realisirungs-, sodann die Hülfsgeschäfte zusammengefaßt. Zu den letzteren gehört füglich die Beschaffung der Arbeitskräfte für den Gewerbsbetrieb, das Engagement der Gehülfen, Procuristen u. s. w., welche jedenfalls Handelssache, nach der Fassung des Art. 273 aber auch Handelsgeschäft ist. Man kann also sagen, daß alle Anschaffungen für den handelsmäßigen Gewerbsbetrieb an Sachen, mit Ausnahme der dazu nöthigen Immobilien, mit denen sich ein für allemal das Handelsrecht nicht befassen soll, an Capital (Darlehn) und Arbeitskraft handelsrechtliche Natur besitzen.

Endlich muß noch bemerkt werden, daß (Art. 277) für die an subjective Voraussetzungen geknüpften Handelsgeschäfte die ältere Idee, wonach, wenn nur der eine Contrahent Kaufmann war, das Geschäft nur auf dessen Seite als Handelsgeschäft gelten sollte, wenigstens insoweit aufgegeben worden ist, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in seinem 4. Buche auch auf solche Geschäfte anzuwenden sind, welche nur auf der Seite des einen Contrahenten (wegen dessen Kaufmannsqualität oder gewerbsmäßigen Betriebs siehe oben Nr. 1) als Handelsgeschäfte erscheinen; es sei denn, daß die betreffenden Bestimmungen ihrem Inhalte nach sich nur auf denjenigen beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist.

Die Folge der Eigenschaft eines Geschäfts als Handelsgeschäft auf Grund dieser Bestimmungen besteht darin, daß es nach Handelsrecht beurtheilt wird und, je nach Maßgabe der Gerichtsordnung, unter das Handelsgericht fällt. Unter Beurtheilung nach Handelsrecht aber ist nicht etwa blos die Beurtheilung nach dem Handelsgesetzbuch zu verstehen. Denn über manche der von ihm für Handelsgeschäfte erklärten Verhältnisse enthält es keine weiteren Bestimmungen, wie z. B. über den Verlagsvertrag, den Personentransport, die außer der Seesicherung vorkommenden Versicherungsverträge.

Mit den angeführten Handelsgeschäften ist jedoch die Competenz nicht einmal des Handelsgesetzbuchs, geschweige denn des Handelsrechts, abgeschlossen. Das Handelsrecht kommt noch in anderen Verhältnissen zur Anwendung, welche nicht zu jenen Handelsgeschäften gehören. Das Handelsgesetzbuch selbst kennt den Begriff von Handelssachen (Art. 1), welcher weiter, als der der Handelsgeschäfte, diese letzteren zugleich mit umfaßt.[1])

Handelssache und damit dem Handelsrecht unterworfen ist zunächst selbstverständlich

1) alles, was das Handelsgesetzbuch normirt. Der gesammte Inhalt desselben ist aber handelsrechtlich. Mithin gehören hierher die Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschaften nach innen, wie nach außen, soweit nicht schon die Rechtsbeziehungen nach außen unter den Begriff der Handelsgeschäfte fallen; in ähnlicher Weise die Rechtsverhältnisse des Principals zu den Gehülfen, Bevollmächtigten oder Beauftragten, einschließlich der aus der Stellvertretung entspringenden Haftbarkeit Dritten gegenüber; das Firmenrecht, viele dem Seerecht angehörige Rechte und Verbindlichkeiten der Rheder, Schiffer u. s. w.; die sog. accessorischen Rechtsgeschäfte, wie Bürgschaft, Pfandbestellung, Deckung, sofern sie nicht schon als Handels(Hülfs=)geschäfte zu betrachten sind; die Bestimmungen über die Handelsregister, die Pflicht der Anmeldung gewisser Dinge, sowie über die Buchführung. Darauf braucht sich aber der Begriff der Handelssache nicht zu beschränken. Denn es ist

2) durch manche particulare Einführungsgesetze, namentlich um einen bestimmteren Maßstab für die Competenz der Handelsgerichte zu gewinnen, die Rubrik der Handelssachen erläutert und vervollständigt worden.[2])

Bei übersichtlicher Betrachtung ergibt sich, daß als Handelssachen vor allen Dingen, im Gegensatz zu den handelsrechtlichen Beziehungen, welche der Einzelkaufmann oder die Gesellschaft nach außen eingeht und die, soweit ihnen das Gesetz handelsmäßigen Charakter beilegen zu können glaubte, Handelsgeschäfte genannt worden sind, die inneren Verhältnisse und Vertragsbeziehungen des Handels sich geltend machen. Der Begriff derselben knüpft sich durchweg an den Begriff des Kaufmanns, sei es des Kaufmanns im engeren Sinne, sei es einer Person, die, wie der Mäkler, Schiffer, Commissionär u. s. w. im Rechtssinne dem Kaufmann gleichgestellt wird; und zwar gleichviel, ob Einzelkaufmann oder eine vereinigte Mehrheit (Handelsgesellschaft). Er beruht also wesentlich mit auf einer subjectiven Voraussetzung.

Aber auch mit demjenigen, was das Handelsgesetzbuch ausdrücklich zum Handelsgeschäft, und mit demjenigen, was es, allein oder in Verbindung mit dem Einführungsgesetz, indem darüber handelsrechtliche Normen getroffen werden, zur Handelssache macht, ist der Umfang des Handelsrechts und seine Zuständigkeit noch nicht abgeschlossen. Neben dem Handelsgesetzbuch, da es keineswegs eine absolut vollständige Codification unternommen hat, existirt noch viel anderes Handelsrecht aus geschriebenen und ungeschriebenen Quellen. Sonach erweitert sich die Zuständigkeit des Handelsrechts und

[1]) v. Hahn zu Art. 1, §. 1; Goldschmidt, I, S. 317; Endemann, §. 5. Nr. I. B.

[2]) Eine Zusammenstellung s. von Maaßen, Archiv für Handelsrecht, II, S. 257. Eine Definition der Handelssachen zu demselben Zweck s. auch in dem Bundesgesetz vom 21. Juni 1869, betr. die Errichtung eines Bundes=Oberhandelsgerichts, §. 13 (übereinstimmend im wesentlichen mit dem preußischen Einführungsgesetze vom 24. Juni 1861, Art. 2. 47).

Handelsgerichts nach dieser Seite hin bedeutend, ja die ohnehin auch nach dem Handelsgesetzbuch concret oft sehr unsichere Grenze ist im Begriff, völlig zu verschwinden, wenn außerhalb des Handelsgesetzbuchs Handels- und gewöhnliches bürgerliches Recht häufig unscheidbar in einander fließen und wenn sogar das Handelsgesetzbuch selbst (Art. 1) das letztere zugleich als subsidiäre Quelle des Handelsrechts anerkennt.

V. Der Charakter des Handelsrechts

in seiner dem gemeinen Recht gegenüber hervortretenden Eigenthümlichkeit entspringt nothwendig aus dem Charakter des Handelsverkehrs. Zum Theil erhellen die besonderen Eigenschaften und Bedürfnisse des letzteren schon aus demjenigen, was über die Entwickelung eines eigenen Rechtes des Handels gesagt wurde (Nr. I).

Seinem Wesen nach muß der Handel vor allem nach möglichst ungehinderter Bewegung streben. Prohibitive und präventive Rechtssätze lehnt er ganz und gar oder bis auf das äußerste Maß der Nothwendigkeit ab. Die größte Freiheit der Bewegung auch für den individuellen Willen ist aber gerade da vorhanden, wo anerkannte feste Formen und Rechtsregeln bestehen, welche nicht ergriffen zu werden brauchen, die aber ergriffen werden können und so lange als die maßgebenden gelten, als nicht etwas anderes von den Betheiligten beliebt wird. Daraus erklärt sich zur Genüge, daß dem Handelsverkehr eine gewisse Strenge der Rechtsformen ebenso wenig widerspricht, als Strenge der Rechtssätze und ihrer Anwendung Gerade der Handel hat solche Geschäftsformen, wie den Wechsel, das Inhaberpapier erzeugt, und geht sichtlich darauf aus, einer Reihe von Vertragsverhältnissen, wie dem Frachtgeschäft (Connossement, Ladeschein, Frachtbrief), selbst dem Kauf (Fixgeschäft) u. a. einen strict formalen Charakter beizulegen. Gerade der Handel muß die einheitlichsten, durchschlagendsten und festesten Rechtsprincipien verlangen und zugleich die Gewißheit fordern, daß sie ohne Drehen und Deuteln im Nothfall von dem Gericht in strengster Weise zur Anwendung gebracht werden.

Er kann dies unbeschadet seiner Selbstständigkeit verlangen, eben weil das Gesetz kein absolut zwingendes ist. Niemand wird genöthigt, sich der handelsrechtlichen Formen zu bedienen und sich damit den handelsrechtlichen Wirkungen auszusetzen. Aber demjenigen, der das will, stehen jene Formen zu Gebote und das Gesetz darf, wenn sie benutzt werden, daran die volle Wirkung anschließen. Denn im Sinne des Handels rechnet das Handelsrecht auf unbeschränkte, durch das Bewußtsein der Folgen getragene Selbstverantwortung und Ernstlichkeit des Willens. Von diesem Standpunkt ist die bestimmteste Form der Rechtsacte und der bestimmteste Ausdruck der Rechtsregel gegeben, weil dadurch die Ernstlichkeit und Verantwortlichkeit der demgemäß und ohne besondere anderweitige Vorbehalte erklärten Willensacte und Rechtsgeschäfte garantirt wird.

Festigkeit des Rechts aber ist nur dann denkbar, wenn dasselbe so einfach und bestimmt lautet, daß auf dieser Basis nicht etwa blos die gerichtliche Rechtshülfe mit Zuverlässigkeit erwartet werden darf, sondern daß auch, was ungleich wichtiger, der Handelsverkehr sich im Stande findet, selber das Recht deutlich zu übersehen, darnach zu verfahren und an der Hand seiner Richtschnur den Anruf des Gerichts thunlichst zu ersparen. Solche Durchsichtigkeit und Angewöhnung des Rechts, wie sie der Handel braucht, kann nur vorhanden sein, wo die Rechtsnormen seinem wahren Wesen entsprechen, also aus der Kenntniß und der sorgfältigen Pflege seiner realen Zustände gewonnen werden. Der Handel muß sich also dagegen auflehnen, daß ihm Rechtssätze von einer Schule oder einer Gesetzgebung aufgedrängt werden, welche, anstatt das Recht aus den leitenden Ideen des wirklichen Lebens zu schöpfen, den Handelsverkehr als Object einer doctrinellen Schematik oder einer willkürlichen gesetzgeberischen Autorität zu behandeln gedächten. Mit den häufig ver-

alteten, weil auf ganz anderen Zuständen beruhenden Regeln, welche der größte Theil der gemeinen Doctrin als vermeintlich noch immer gültige Schablone festhält, mögen sie nun aus dem römischen oder aus dem germanischen Rechte entnommen werden, vermag der Handelsverkehr nicht zu bestehen. Er verlangt ein lebendiges, im Fluß bleibendes und die neuen Erscheinungen des Verkehrs bereitwillig anerkennendes Recht.

Neben dieser Beschaffenheit der Rechtsprincipien tritt als ein zweites Haupterforderniß, welches sich auf deren Anwendung bezieht, die sorgfältige concrete Würdigung der Verhältnisse in jedem einzelnen Falle hervor. Weit entfernt, daß dies ein Widerspruch oder eine Abschwächung der Festigkeit der Rechtssätze als solcher wäre, liegt darin die Ergänzung dessen, was der Handel bedarf und was ihm von der gemeinen Rechtspflege nur zu oft ebenso wenig geleistet wird, als das gemeine Recht den bereits hervorgehobenen Anforderungen zu genügen pflegt. Die Rechtsregel soll einfach und gewiß sein; aber ob und inwieweit ein gewisser Thatbestand unter die Regel zu subsumiren sei, soll Sache der freien Logik sein und hängt vor allem davon ab, daß die Umstände des einzelnen Falles genau in ihrer wirklichen Beschaffenheit erkannt und dem Gesetz gegenüber gewürdigt werden. Der Handel stößt folglich instinctiv alles von sich, was nach dieser Seite hin die unbeschränkte Erkenntniß und Verwerthung der realen Wahrheit hindert. Er ist gegen jeden Formalismus der Beurtheilung, welcher anstatt unmittelbar auf die concrete Gestalt der Dinge und namentlich die wirkliche Absicht der Betheiligten zurückzugehen, nach künstlicher Methode, schematischen Unterscheidungen und Abstractionen verfährt; wie es nicht minder dem Geist des Handels widerspricht, wenn die Doctrin oder Gesetzgebung, anstatt auf der Grundlage allgemein gültiger Rechtssätze die freieste concrete Beurtheilung zu gestatten, die Principien in eine erstarrende Casuistik auflösen wollte. Eben darum begehrt der Handel in allem eine dafür Bürgschaft gebührende Procedur (Handelsproceß) und aus mehr oder minder berechtigtem Mißtrauen gegen die specifisch juristische Methode auch ein eigenes, zumeist oder blos mit Kaufleuten besetztes Handelsgericht.

Aus dem Bewußtsein des Handelsverkehrs, einerseits von der Verantwortlichkeit seiner Willensäußerungen und Handlungen vor dem Rechte, andererseits von der Schuldigkeit, sich nach realen Verhältnissen, welche ohne Umschweife zu ermitteln sind, beurtheilen zu lassen, folgt zugleich unmittelbar das, was Treu und Glauben seines Verkehrs genannt und oft als Eigenthümlichkeit desselben hervorgehoben worden ist. Das Handelsrecht mahnt die Betheiligten davon ab, sich hinter Formen, Unwahrheiten, Simulationen und Chicanen zu verstecken, indem es von denselben erwartet, daß sie mit wohlbedachtem, redlichem Willen handeln. Denn es fordert zugleich den Richter auf, sich nicht durch Winkelzüge, unwesentliche Aeußerlichkeiten oder Benutzung von Formalismen täuschen zu lassen, sondern die wahre Gestalt der Sache und die wahre Absicht zu untersuchen und zu Grunde zu legen, auf den erkannten Thatbestand aber den Gesetzes- oder Rechtssatz eben wohl nicht nach einer spitzen Kunstauslegung, sondern nach seinem natürlichen, den leitenden Rechtsideen entsprechenden Sinn anzuwenden.[1])

Durch diesen gesunden Zug stellt sich das Handelsrecht an die Spitze der Weiterbildung des gesammten bürgerlichen Rechts; wenn es auch nicht an einer Pflege desselben gefehlt hat, welche das eigentliche Leben desselben abermals in die Fesseln einer unseligen Schematik einzuschließen bemüht ist.

Fragt man nun, wie das deutsche Handelsgesetzbuch allen diesen Anforderungen des Handels gerecht geworden ist, so muß vorweg erwähnt werden, daß es leider eine Reihe von handelsrechtlichen Dingen, insbesondere auch von solchen Geschäften, welche es aus-

---

[1]) Goldschmidt, I. §. 34; Endemann, §. 89.

drücklich für Handelsgeschäfte erklärt, nicht in sein Bereich gezogen hat. Dies gilt beispielsweise von einem großen Theil der Geld= und Creditgeschäfte, welche, wenngleich nicht ausschließlich, doch hauptsächlich in den Betrieb des Wechsler= und Bankiergeschäfts fallen, von dem gesammten Verlagsgeschäft, von dem Versicherungsgeschäft, soweit es nicht die Seeversicherung betrifft, von dem Gütertransportgeschäft der Posten, von dem gesammten Personentransportgeschäft und der Binnenschiffahrt, die damit einer zukünftigen Regelung durch besondere Gesetze überlassen wurden. Es kann ferner nicht verkannt werden, daß, ganz abgesehen von dem Streben, das Handelsrecht enger, als es verdient, abzugrenzen und manche Personenklassen und Sachenkategorien davon auszuschließen, einige Reste präventiver oder prohibitiver Neigungen zurückgeblieben sind, welche besser unterdrückt worden wären. Zum Belege dienen z. B. die Bestimmungen über das Mäklergewerbe, theilweise auch über die Pflichten der Kaufleute, über die Staatsgenehmigung der Actienvereine u. dgl. mehr. Auch kann nicht verkannt werden, daß häufig der Sinn und der Muth, einfache und große Principien aufzustellen, vermißt, statt dessen auf Umwegen casuistischer oder zunächst nur Einzelheiten ergreifender Entscheidung vorgegangen wird — eine Schwäche, welche um vermeintlich praktischer Vorzüge willen die neuere Gesetzgebung nur zu oft an sich trägt.

Deßungeachtet erscheint das Handelsgesetzbuch als ein überaus wichtiger Fortschritt, welcher im großen Ganzen trotz des Widerwillens, der sich gegen einzelne Sätze und zwar gerade in den berufensten Kreisen kund gab, dankbar acceptirt werden mußte. Dasselbe hat sich meistentheils mit Glück bemüht, demjenigen Ausdruck zu geben, was als Rechtsansicht oder Bedürfniß des Handelsverkehrs von diesem selbst durch Usançen oder von der Wissenschaft bezeugt war. Sein Inhalt ist weitaus vorwiegend von der Art, daß eigentlich nur Rechtspräsumtionen für den Fall aufgestellt werden, daß nicht ausdrücklich ein Anderes beliebt wird; und die Erfahrung beweist, daß darin im Durchschnitt die Stimmung des Handels richtig getroffen worden ist. Obwohl keineswegs der einmal üblich gewordenen casuistischen Neigung entsagend, öfter mit zu großer Aengstlichkeit den klaren durchschlagenden Principien ausweichend und sich auf die Regelung einzelner Punkte beschränkend, hat es doch nach manchen Richtungen hin, wie in der Systematik des Gesellschaftswesens, in der Lehre des Kauf=, Frachtgeschäftes u. s. w. nicht nur für das unmittelbar praktische Bedürfniß, sondern auch für die wissenschaftliche Construction Erhebliches gefördert. Als eines der wichtigsten Resultate muß bezeichnet werden, daß jener bis dahin nur instinctiv empfundene Grundzug des modernen Verkehrs, in welchem die Verkehrs= und Creditsicherheit zumeist wurzelt, nämlich scharfe Scheidung der äußeren und inneren Seite der Rechtsinstitute und der Rechtsgeschäfte, nach außen möglichst strenge, unbedingte, alle Querelen abschneidende Wirkung, nach innen unter den Betheiligten selbst dagegen volle Freiheit willkürlicher Vertragsstipulation, erfaßt und an vielen Stellen, wie in der Ordnung des Gesellschaftswesens, der Procura, des Frachtgeschäfts, zum bestimmten Ausdruck gebracht erscheint.

Indem das Handelsgesetzbuch der Freiheit des Verkehrs keinen Zwang anthut, zugleich den Richter ausdrücklich zu der vorerwähnten freien Würdigung der concreten Umstände und Erklärungen (Art. 278) auffordert, häufig ebenso ausdrücklich auf die Anlegung eines freien logischen Ermessens in der Beurtheilung und jedenfalls nach seinem ganzen Geiste überhaupt auf eine sinngemäße, der Wortklauberei und Spitzfindigkeit abgewandte Auslegung des Gesetzes verweist, hat es um so mehr Ursache, sich derjenigen Doctrin und Praxis zu erwehren, welche den besten Gewinn der neuen Gesetzgebung dadurch zu vernichten droht, daß sie mit wenig Verständniß für den Geist des Handelsrechts auch dem Handelsgesetzbuch gegenüber die alte Methode der Auslegung und Anwendung zu bewahren sucht.

VI. Der Inhalt des Handelsrechts,

beziehungsweise des Handelsgesetzbuchs, umfaßt im wesentlichen Folgendes. Er betrifft zunächst

A. die **Subjecte des Handels**. Darunter ist gemeint einmal

1) der Principal oder Geschäftsinhaber. Er kann eine Einzelperson, oder eine Mehrzahl von Personen, eine Handelsgesellschaft (s. davon S. 424) seyn. Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs, mithin zur Theilnahme an allen für die Kaufleute in demselben getroffenen Bestimmungen berufen, ist Jeder, der gewerbsmäßig Handelsgeschäfte (s. oben S. 415) treibt (Art. 4). Ob nach polizeilichen, gewerblichen oder sonstigen Administrativgesetzen noch weitere Erfordernisse bestehen und unerfüllt sind, ist für den Rechtsbegriff gleichgültig (Art. 11). Regelmäßig ist jede selbstständige Person zur Ausübung des kaufmännischen Gewerbes befähigt; unter welchen Voraussetzungen, ergibt sich nach dem Particularrecht. Ein Ausschließungsrecht der kaufmännischen Gilden, so weit es nicht schon particularrechtlich aufgehoben war, besteht nicht mehr für Norddeutschland.[1] Indessen sind einige Klassen von Personen, die nach ihrem Gewerbsbetrieb zu den Kaufleuten gehören, nämlich Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen geringere Handelsleute, Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute und Schiffer, sowie Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerks (Kleinbetrieb) hinausgeht, ausdrücklich von der Theilnahme an einigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, nämlich über Firmenrecht, Buchführung, Procura und Handelsgesellschaft ausgeschlossen (Art. 10).[2] Davon abgesehen ist der Begriff des Kaufmanns so weit gefaßt, daß selbst der Staat, Gemeinden (politische und kirchliche), Corporationen und öffentliche Anstalten unter denselben fallen, sofern sie Handelsgeschäfte treiben.[3]

Während über die rechtliche Natur des Etablissements und Geschäfts, dessen Uebergang, mit oder ohne Activen und Passiven, und Creditstellung (Separationsrecht der Geschäfts-, beziehungsweise der Privatgläubiger) nichts verordnet worden ist,[4] hat das Handelsgesetzbuch ausführlich das Firmenrecht, sodann die Anmeldungspflicht (Publicität) und die Buchführung der Kaufleute geregelt.

Die Firma ist der Name, unter dem der Kaufmann das Geschäft treibt und (folgeweise) seine Unterschrift abgibt (Art. 15). Ihr Gebrauch, der sich aus dem früher üblichen Gebrauch des kaufmännischen Wappen- oder Markenzeichens entwickelt hat, ist das Kriterium, daß die Organe des Geschäfts für dieses handeln. Es gibt eine Namens- und eine Sachfirma. Die Wahl ist insofern nicht willkürlich, als das Gesetz für Einzelkaufleute und für Gesellschaften bestimmte Vorschriften über die Wahl der Firma bei Begründung des Geschäfts aufstellt (Art. 16—18). Die Firma muß für die Haupt- und für Zweigniederlassungen zum Handelsregister angemeldet werden (Art. 19. 21). Für Unterscheidbarkeit neuentstehender Firmen von bereits bestandenen ist zu sorgen (Art. 20) und das Erlöschen ebenfalls anzumelden (Art. 25). Eine Veräußerung der Firma ohne das Geschäft wird verboten, dagegen die Beibehaltung trotz Wechsels in der Person der Geschäftsinhaber gestattet (Art. 22—24). Dies alles steht unter Ordnungsstrafe (Art. 26). Der unbefugte Gebrauch einer Firma aber gibt dem Benachtheiligten eine Klage auf Schadensersatz, der nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmen ist (Art. 27).

Ueber das Waaren- oder Fabrikzeichen (Etikette),[5] dessen Bedeutung und Rechtsschutz fehlt es bis jetzt an einem umfassenden Gesetz.

---

[1] Nach dem Bundesgesetz vom 8. Juli 1868 §. 1 und jetzt nach der Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

[2] Endemann, §. 13. 14; Goldschmidt, I. §. 46. Not. 28 ff.

[3] Goldschmidt, I. §. 44.

[4] S. über die betr. Lehren und deren Grundlagen Endemann, §§. 15—17.

[5] Endemann, §. 19.

Die Pflicht der Anmeldung besteht einem bei Gericht zu führenden, zu Jedermanns Einsicht offen stehenden Handelsregister gegenüber, dessen Einträge außerdem in bestimmter Weise durch öffentliche Blätter bekannt zu machen sind (Art. 12—14). Gewisse, das Publikum interessirende Dinge sollen, das ist der zu Grunde liegende Gedanke, zum Nutzen der Verkehrssicherheit dergestalt offenkundig gemacht werden, daß sie, wer will, mit Zuverlässigkeit erfahren kann. Solche Verpflichtung zur Publicität in einer näher beschriebenen Form (Art. 19. 45. 88. 151. 177), deren Unterlassung meist nur durch Ordnungsstrafen, in einigen Fällen aber auch durch privatrechtliche Nachtheile bedroht ist, existirt für eine ziemliche Reihe von Vorkommnissen, unter denen die Begründung und Erlöschung der Firma, der Procura, sowie vielerlei Vorgänge der Handelsgesellschaften am wichtigsten sind.[1]) Die nähere Einrichtung des Handelsregisters und die Anmeldung bildet einen Hauptgegenstand der Einführungsgesetze.

Die Buchführung der Kaufleute ist Gegenstand besonderer rechtlicher Ordnung gewesen, seit bestimmte gesetzliche Regeln des Urkundenbeweises bestanden, denen gegenüber die für Kaufmannsbücher nothwendig in Anspruch zu nehmende Beweiskraft als Anomalie erschien. Das Handelsgesetzbuch, welches im allgemeinen ordentliche Buchführung, Inventur und Bilanzirung jedem Kaufmanne vorschreibt (Art. 28—31), enthält nur wenige nähere Bestimmungen über das System und die Art der Bücher, sowie einige über die innere Einrichtung, namentlich der Einträge (Art. 32). Es ordnet weder polizeiliche Ueberwachung an, noch droht es Disciplinarstrafen. Vielmehr macht es von der Ordnungsmäßigkeit seinerseits, ohne die häufig nach Strafgesetzen in Betracht kommende Bedeutung der Unregelmäßigkeit für den Begriff des Bankerotts zu berühren, nur die Beweiskraft abhängig (Art. 34 ff.). Diese ist in der Weise geordnet, daß, wenn auch als Regel den ordnungmäßigen Büchern der Werth eines durch Eid oder andere Beweismittel ergänzbaren Beweises beigelegt wird, im ganzen eigentlich freie richterliche Würdigung nach der concreten Beschaffenheit der Bücher, beziehungsweise nach Lage der Sache proclamirt wird. Zugleich ist die Edition und Vorlage der Bücher sachgemäß erleichtert (Art. 37 ff.) und die Aufbewahrung der Bücher, Briefe, Inventuren und Bilanzen während zehn Jahre anbefohlen worden (Art. 33).[2])

Einige besondere Bestimmungen sind für den Handelsverkehr nothwendig in Betreff der Frauen und der Minderjährigen, und zwar nicht blos für den Fall, daß solche Personen als Principale, sondern auch für den Fall, daß sie als Handelsgehülfen auftreten. Die Tendenz des Handelsverkehrs geht dahin, daß die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, welche das gemeine Recht solchen Personen auflegt, und die besonderen Rechtswohlthaten, welche es denselben gewährt, als die Verkehrssicherheit gefährdend, zu beseitigen sind. Indessen hat das Handelsgesetzbuch nur einige darauf bezügliche Sätze in Betreff der Frauen und Ehefrauen aufgenommen (Art. 6—9).[3])

2) Das Hülfspersonal, welches dem Geschäfte des Principals seine Dienste widmet, sofern diese handelsmäßige sind. Denn mit den gewöhnlichen Haus- oder Gesindediensten befaßt sich das Handelsrecht nicht (Art. 65). Völlig getrennt zu halten ist das innere Rechtsverhältniß zwischen dem Gehülfen und Principal von der mit der Gehülfenschaft möglicherweise, aber nicht nothwendig verbundenen Vertretung des Principals oder Geschäfts nach außen (Art. 58).

Das Rechtsverhältniß zu dem Principal bestimmt sich nach dem Dienstvertrag. Nach dem Engagement richten sich die von dem Gehülfen zu verlangenden

[1]) Endemann, §. 21; Zusammenstellungen s. Thöl, S. 119; von Hahn, §. S. 51.
[2]) Endemann, § 22.
[3]) Endemann, §. 23. 24. 25. Nr. III. und IV.

Leistungen (Art. 57). Als allgemeine Pflicht hebt das Gesetz nur hervor, daß der Gehülfe weder für eigene, noch für fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen soll (Art. 59). Besonders geordnet ist die Verpflichtung des Principals für zeitweisen Unterhalt bei unverschuldetem Unglück des Gehülfen (Art. 60), sowie das Recht der Kündigung von der einen oder anderen Seite, deren Rechtfertigungsgründe theilweise exemplificirt worden sind (Art. 61—64). In allem übrigen muß auf das gemeine Recht unter Berücksichtigung der thatsächlichen Umstände verwiesen werden.[1])

Ueber das Lehrlingsverhältniß insonderheit enthält das Handelsgesetzbuch nur einen Hinweis auf die vermuthliche Dauer der Lehrzeit (Art. 61).

Die Stellvertretung wird dem Gehülfen durch einen besonderen Act, häufig aber auch von selbst durch Uebertragung einer dieselbe in sich schließenden Stellung übertragen. Ihr Umfang ist durch das Handelsgesetzbuch in einer ganz neuen Weise geregelt worden. Es gibt darnach drei Arten der Bevollmächtigungen:

a) Die Procura, welche nach außen dem Publikum gegenüber völlig unbeschränkbar, den Procuristen zum absoluten Organ des Geschäftes macht, indem sie ihn befähigt, alle zu dem Handelsbetrieb gehörigen Handlungen, gerichtliche und außergerichtliche, mit voller Wirksamkeit für den Principal vorzunehmen. Der Dritte hat also nur zu fragen, ob Procura, eine Frage, deren Beantwortung durch das Gebot, die Ertheilung wie die Erlöschung, letztere unter besonderen Rechtsnachtheilen, zum Handelsregister anzumelden, erleichtert ist, nicht in welchem Umfang sie ertheilt sei (Art. 41—46). Beschränkungen der Procurabefugniß haben nur innere, wenn auch insoweit obligatorische, Bedeutung zwischen dem Principal und dem Procuristen.[2]) Daneben besteht b) eine Handelsbevollmächtigung, welche im Gegensatz zu der Procura die beschränkte oder doch beschränkbare Befugniß zur Vertretung, sei es für den ganzen Geschäftsbetrieb, sei es für eine bestimmte Gattung von Geschäften, oder auch nur zu einzelnen Geschäften darstellt. Der Umfang dieser Bevollmächtigung, obwohl dabei immerhin auf eine gewisse Ständigkeit gerechnet wird, ist dehnbar. Nur nach einigen Richtungen hin kommt das Gesetz mit Rechtsvermuthungen, negativen (Wechselverbindlichkeiten, Darlehn, Proceßführung) und positiven (Reisende, Ladendiener), zu Hülfe (Art. 47—50). Endlich läßt sich c) eine einfache Bevollmächtigung, zu vereinzelten Handlungen, unterscheiden, wie beispielsweise in dem Ueberbringen einer Quittung, nicht aber in dem Ueberbringen von Waaren die Vollmacht zum Zahlungsempfang liegt (Art. 51).[3])

Was die Wirkung der Stellvertretung anlangt, so ist anerkannt, daß durch die Rechtsgeschäfte, welche innerhalb der ertheilten Vollmacht (Procura, Handelsbevollmächtigung oder einfache Vollmacht) im Namen des Principals, wofür namentlich der Gebrauch der Firma ein Kennzeichen bildet, sei es ausdrücklich, oder stillschweigend, von dem Stellvertreter abgeschlossen werden, der Principal (beziehungsweise das Geschäft) dem Dritten gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird (Art. 52; vgl. 55. 298). Das Handelsgesetzbuch hat sich also die s. g. Repräsentationstheorie angeeignet. Der Stellvertreter wird zum directen Organ des Geschäfts. Damit sind die Schwierigkeiten des früheren Rechts, welche nach den ganz verschiedenen Grundanschauungen der römischen Lehre bestanden, die Institorentheorie des Handels- und noch mehr die Mandatstheorie des sonstigen bürgerlichen Rechts, erledigt.[4]) Immerhin bleiben der Theorie und Praxis

---

[1]) Endemann, §. 26.
[2]) Thöl, §. 31a ff., 33b; Endemann, §. 28.
[3]) Thöl, §. 33a; Endemann, §. 29. 30.
[4]) Thöl, §. 24; Endemann, §. 27. 31; Laband, Zeitschr. für Handelsrecht, X. S. 188.

noch mancherlei Lücken auszufüllen, namentlich die Construction der Wirkungen für den Fall, daß eine der erwähnten Voraussetzungen fehlt oder ein Irrthum der Contrahenten unterläuft (Art. 55).

Sehr umfassend hat das Handelsgesetzbuch

3) die **Handelsgesellschaft** normirt, d. i. die Vereinigung Mehrerer zu **Handelsgeschäften**, welche unter denselben Voraussetzungen bei gewerbsmäßigem Betrieb (Gesellschaftsgeschäft) **Handelsgesellschaft**, wie der Einzelne zum Kaufmanne, wird, eine Begrenzung, die sich im Verkehr vielfach widerspruchsvoll, indem sie z. B. die Vorschuß-, Consumvereine und andere wirthschaftliche Genossenschaften ausschließt, oder zweifelhaft erweist. In den gewonnenen Resultaten hat eine viel verschlungene historische Entwickelung, beginnend von der römischen Societätslehre, ihren vorläufigen Abschluß erhalten. Diese war zunächst wesentlich durch die wechselnden Ansichten über die wirthschaftlichen Elemente der Arbeit und des Capitals, welche die Mittel oder den Fonds des Geschäftsbetriebs bilden, sowie über das gegenseitige Verhältniß derselben bedingt; sodann aber durch die erst sehr allmählig gewonnene klarere Erkenntniß, daß für die Stellung der Gesellschaft nach außen in dem Verkehr mit Dritten diejenigen Mittel maßgebend sind, welche zur Sicherheit der Gläubiger dienen, nämlich entweder unbeschränkte Haft der Einzelnen mit ihrem ganzen Vermögen, oder beschränkte Haft mit einem nicht nothwendig, aber doch in der Regel dem Gesellschaftsfonds reell überwiesenen, oder auch zur Verfügung gestellten Vermögenstheil.[1]) Das System des Handelsgesetzbuchs beruht durchaus auf der Beschaffenheit des Creditfundamentes. Darnach gibt es folgende Arten der Gesellschaft:

a) **Die offene Gesellschaft**, deren Wesen darin besteht, daß jedes Mitglied derselben für die aus dem Geschäftsbetrieb erwachsenden Verbindlichkeiten solidarisch (Einer für Alle) und mit seinem ganzen Vermögen haftet (Art. 85. 112). Sie hat ihre eigene Firma (Art. 86. 87), unter welcher die Gesellschaft Rechte, namentlich auch an Grundeigenthum, erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden kann (Art. 111). Jeder Gesellschafter ist bis zu ausdrücklicher Beschränkung befugt, die Gesellschaft zu vertreten (Art. 114 ff.). Indessen hat das Gesetz eine unumwundene Anerkennung, daß die Gesellschaft als solche ein Rechtssubject (nach Analogie der juristischen Person) sei, vermieden und dadurch mancherlei Schwanken zwischen der s. g. Societäts- und Personificationstheorie übriggelassen, welches sowohl in dem Verhältniß der Gesellschaft nach außen (Art. 110—122), als auch in dem inneren Verhältniß der Gesellschaften unter sich (Art. 90—109) zum Vorschein kommt. Ausführlich hat das Handelsgesetzbuch die Auflösung (Art. 123—132), die Liquidation (Art. 133—145) und die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschaften (Art. 146—149) behandelt.[2])

b) Die **Commanditgesellschaft** ist diejenige Vereinigung, bei welcher an dem unter gemeinsamer Firma betriebenen Geschäft, ein oder mehrere Gesellschafter nur mit Vermögenseinlagen (Commanditisten), ein oder mehrere andere mit unbeschränkter Haft betheiligt sind (Art. 150). Ihre Creditbasis bildet sich also durch Zusammensetzung aus unbeschränkter Haft des ganzen Vermögens der einen und limitirter Haft der andern. Auch die limitirte Haft der letzteren aber wird dem Risiko des Geschäfts ausgesetzt und als Garantie des Credits nach außen dargeboten, folglich zum Handelsregister (ohne den Namen des Commanditisten) angemeldet (Art. 151). Dadurch tritt die Commanditeinlage naturgemäß in Gegensatz zu derjenigen darlehnsartigen Einlage,

---

[1]) S. dazu und über die Literatur **Endemann**, §. 33. — Monographien über das Gesellschaftswesen überh. sind von **Treitschke** und **Auerbach**; s. **Endemann**, §. 32, Not 1.

[2]) S. im Näheren **Thöl**, §. 37 a ff.; **Endemann**, §. 35 ff. — Eine ältere Darstellung ist **Treitschke**, die unbeschränkt obligatorische Gewerbegesellschaft.

welche Jemand in ein Geschäft machen kann, um an dessen Gewinn theilzunehmen, ohne jedoch irgend nach außen hin als Betheiligter auftreten zu wollen. Das Handelsgesetzbuch hat mit Recht diese Form der Betheiligung unter dem Titel der **stillen Gesellschaft**, welche dem Publikum gegenüber sich kaum als Gesellschaft kundgibt und nur für die Behandlung der Einlage im Concurs besondere Fürsorge erheischt, als ein eigenes Institut behandelt (Art. 250—265). Die Commanditgesellschaft hingegen bedarf besonderer Regeln über das Verhältniß der Commanditisten und ihrer limitirten Einlage, muß aber dabei im übrigen bezüglich der Definition ihres Wesens, sowie der Construction ihrer Rechtsbeziehungen nach außen und innen durchaus analog der offenen Gesellschaft beurtheilt werden (Art. 150—172).[1])

c) **Actiengesellschaft** ist derjenige Verein, an welchem sämmtliche Mitglieder nur durch Einlagen, nämlich durch Actien oder Actienantheile, ohne irgendwelche weitergehende Haftbarkeit betheiligt sind (Art. 207). Als reiner Capitalverein, für den die Personen der Betheiligten völlig gleichgültig und bei der regelmäßig thunlichst erleichterten Uebertragbarkeit der Actien meist ganz unbestimmt erscheinen, bedarf diese Art der Gesellschaft durchaus des Gedankens eigener Rechtssubjectivität (Art. 213), obwohl darum selbst hier gestritten wird. Mit den Vorbereitungen der Gründung (Project), aus welchen eine Menge von Rechtsverhältnissen entspringen können, fertig zu werden, hat das Handelsgesetzbuch der Wissenschaft und Praxis überlassen.[2]) Die Errichtung erfordert die Abfassung und Veröffentlichung (Art. 209. 210) eines Statuts mit bestimmtem Inhalt und staatlicher Genehmigung (Art. 208). Das viel bestrittene Erforderniß der letzteren erklärt sich historisch aus der unmittelbaren Theilnahme der Staatsgewalt an der ersten Entwickelung der großen Handelsvereine auf Actien, sowie praktisch aus dem Wesen derselben als einer Art von juristischen Person, da auch nach andern Seiten noch immer die, freilich sehr bestreitbare, Idee aufrecht erhalten wird, daß nur die Staatsgewalt diesen Charakter verleihen könne.

Die constituirte Gesellschaft hat ihre Organe in dem Vorstand. Seine Befugniß ist nach außen hin wieder völlig unbeschränkbar (Art. 227 ff.). Durch die Handlungen desselben wird unmittelbar die Gesellschaft als solche berechtigt und verpflichtet (Art. 213); diese bietet lediglich ihr eigenes Vermögen, Grundcapital und Neuerwerb, dem Credit als Rückhalt dar. Ueber die Erhaltung des Grundcapitals soll zugleich die Verwaltungsbehörde wachen (Art. 240. 248). Was die innere Organisation betrifft, so hat der Vorstand, der nach dieser Seite hin beliebig beschränkt werden kann, regelmäßig auch die Leitung der inneren Vereinsangelegenheiten. Seine Bestellung, seine Rechte und Pflichten sind im Näheren geordnet (Art. 227—341). Ihm steht die periodisch oder aus gewissen Ursachen außerordentlich zusammenzurufende Generalversammlung der Actionäre gegenüber, welche in dem ihr zugewiesenen Umfang, über Statutenänderungen jedoch nur mit staatlicher Genehmigung (Art. 214), zu entscheiden hat. Behufs beständiger Controle des Vorstandes kann ein Aufsichtsrath zur Vertretung der Interessen der Actionäre eingesetzt werden (Art. 225. 226)

Das Recht des einzelnen Actionärs dem Verein gegenüber besteht, wie seine Verpflichtung bei der Theilnahme an der ersten Zeichnung lediglich in der Einzahlung des bestimmten Betrags besteht, allein in der Quotenbetheiligung an dem Vermögen, beziehungsweise in dem Dividendenrecht, und in dem Stimmrecht der Generalversammlung. Die Actien

---

[1]) **Thöl**, §. 40 ff.; **Endemann**, §. 48 ff.

[2]) S. darüber **Auerbach**, §. 63; **Renaud**, Recht der Actiengesellschaften, §. 19 ff.; **Endemann**, §. 57.

lauten auf den Namen oder auf den Inhaber (Art. 216 — 226), wonach sich denn die Form der Uebertragung bestimmt. Ausführlich ist endlich die Auflösung geordnet (Art. 242 ff), wobei auch die Möglichkeit, im Verwaltungswege kraft des staatlichen Oberaufsichtsrechts vorzugehen, gewahrt wird.

Indessen hat das Handelsgesetzbuch den Particulargesetzen das Recht vorbehalten, von der staatlichen Genehmigung und Oberaufsicht bei allen Actiengesellschaften, oder einzelnen Arten abzusehen (Art. 249), und mehrere Gesetzgebungen, vor allem die der Hansestädte, haben sofort davon Gebrauch gemacht.

d) Neben der reinen Actiengesellschaft hat sich, veranlaßt durch den Widerwillen des Verkehrs gegen die staatliche Genehmigung und Oberaufsicht, eine Nebenart gebildet, welche sichtlich den Zweck verfolgt, sich durch eine scheinbar andere Gestaltung derselben zu entziehen. Dies ist die Commanditgesellschaft auf Actien. Dem Handelsgesetzbuch gilt sie als eine Commanditgesellschaft, deren Capital in Actien zertheilt ist (Art. 173). Richtiger wird sie als eine Actiengesellschaft, nämlich als großer Capitalverein, mit einigen persönlich bis zu Erschöpfung ihres ganzen Vermögens haftenden offenen Mitgliedern (Geranten) an der Spitze bezeichnet; eine Verbindung, deren Zwitternatur von selbst erhellt. Das Handelsgesetzbuch hat zwar die staatliche Genehmigung für erforderlich erklärt (Art. 174), allein zugleich den Landesgesetzen die Entbindung von derselben vorbehalten und gleichsam empfohlen (Art. 206), in Folge dessen die meisten Particularrechte, soweit sie nicht sogar für die Actienvereine die Staatscontrole aufgeben, die Commanditactiengesellschaft davon befreit haben. Die letztere construirt sich als eine Zusammensetzung von Actien- und offener Gesellschaft, wobei die offenen Gesellschafter die Stellung des Vorstandes einnehmen; eine Verbindung, welche erfahrungsmäßig zu mancherlei praktischen Unzuträglichkeiten führt. (S. das Nähere in Art. 174 — 205). [1]

e) Endlich kennt neben allen diesen Vereinsformen, welche, mag man ihre juristische Natur auffassen, wie man will, immer ein förmliches, organisirtes Gesellschaftsgeschäft in den Verkehr einführen, das Handelsgesetzbuch eine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften. Ohne Firma und Wesenheit dem Verkehre gegenüber erscheint sie lediglich als ein Vertragsverhältniß der Betheiligten, welches im ganzen nach den Regeln der römischen Societät zu beurtheilen ist (Art. 266 — 270).

B. Ueber die **Objecte des Handelsverkehrs** und die daran möglichen Rechte enthält das Handelsgesetzbuch nur vereinzelte Bestimmungen. Es ist mithin Aufgabe der Wissenschaft, diese Gegenstände, Sachen oder, wie dieselben, insofern sie Object des Handels sind und sein können, auch im Handelsgesetzbuch oft genannt werden, Waaren, ferner Geld und Werthträger anderer Art, Credit und Arbeit, nach den heutigen Verkehrsbegriffen im Gegensatz zu der oft mangelhaften Auffassung des sonstigen bürgerlichen Rechts, nach ihrem Wesen zu erfassen und daraus die nöthigen Folgerungen zu ziehen. [2]

In Betreff des Rechtes an Sachen gilt, daß, insoweit sie von einem Kaufmann im Handelsbetrieb veräußert oder verpfändet und übergeben werden, der redliche Erwerber unbedingt Eigenthum, beziehungsweise Pfandrecht erlangt und gegen Ansprüche aus älterem Eigenthum oder Pfandrecht gesichert ist (Art. 306). Für Inhaberpapiere tritt diese Folge ein, auch wenn sie nicht von einem Kaufmann veräußert werden (Art. 307). Damit ist, wenn nicht ohnehin die Particulargesetze noch größere Erleichterungen gewähren (Art. 308), dem Bedürfniß der Mobilisirung, welches der Verkehr dem Fest-

---

[1]) Auerbach, §. 51. 52. 106; Endemann, §. 67 ff.; Thöl, §. 47b.

[2]) Endemann, §. 74 ff.; Goldschmidt, Handbuch, I. 2 (die Lehre von der Waare, vom Geld und Geldsurrogaten).

halten an dem Begriff des strengen Eigenthums gegenüber zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbes empfindet, Ausdruck verliehen worden.[1])

Besondere Bestimmungen existiren auch behufs der Erleichterung in der Bestellung und Realisirung für das (kaufmännische) Pfandrecht (Art. 309 ff.).[2])

Eigenthümlich sind sodann die Dispositionen und Uebertragungen von Waaren, welche mittelst gewisser, das Verfügungsrecht über dieselben deshalb, weil solche Scheine eine stricte Verbindlichkeit des Ausstellers zur Auslieferung darstellen, involvirender Papiere von Statten geht. Hieher gehören die im Handelsgesetzbuch anerkannten Connossemente (Art. 645 ff.) und Ladescheine (Art. 413 ff.), denen sich die immer häufiger vorkommenden Lagerscheine oder Warrants und selbst noch andere Papiere anschließen.[3]) Die Aufstellung der darauf bezüglichen, sowie aller sonst für Creditpapiere, mögen sie auf Waaren oder auf Geld lauten, geltenden Rechtsgrundsätze ist Aufgabe der Wissenschaft, innerhalb deren häufig durch den beschränkten Gesichtspunkt, als ob das Papier nur Document einer Obligation sei, im Gegensatz zu der Auffassung, welche darin eine körperliche, creditweise den fraglichen Werth in sich tragende Sache erkennt, noch große Unsicherheit angetroffen wird.[4]) Das Handelsgesetzbuch hat nur, indem es die Unterarten der Namens-, Ordre- und Inhaberpapiere voraussetzt, den Umkreis der Ordrepapiere erweitert (Art. 301 ff.), und manche Bestimmungen der Wechselordnung, insbesondere in Betreff des Indossamentes auf denselben bezogen.

C. Die **Handelsgeschäfte,** welche die eben erwähnten Gegenstände betreffen und deren Begriff bereits dargestellt wurde (s. Nr. IV), gehen aus dem freien Vertragswillen der Contrahenten hervor. Eine besondere äußere Form, namentlich Schriftlichkeit, ist bis auf die im Handelsgesetzbuch selbst enthaltenen Ausnahmen nicht erforderlich (Art. 317). In Betreff der inhaltlichen Voraussetzungen ist nur zu erwähnen, daß das Handelsgesetzbuch eine Bestimmung über die Anerkennung einer Rechnung (Art. 294) und über die Abschaffung der gemeinrechtlichen Einrede des nicht gezahlten Geldes gegenüber Schuldscheinen und Quittungen (Art. 295) aufgenommen hat. Ueberhaupt enthält das Gesetzbuch in den Abschnitten, welche von den Geschäften im allgemeinen handeln, nur vereinzelte, mangels ersichtlicher anderer Vereinbarung als gesetzliche Vermuthung der Willensmeinung der Contrahenten eintretende Regeln, welche häufig zugleich dazu dienen, Controversen des Civilrechts abzuschneiden. So zum Beispiel in Betreff des Maßes und Gewichts, des Münzfußes und der Münzsorten, sowie der Beschaffenheit und anderer Modalitäten der Vertragsleistung, in Betreff des Erfüllungsortes und der Zeitbestimmungen (Art. 324 ff.). Soweit es an solchen Normen fehlt, kommt das gewöhnliche Civilrecht zur Anwendung.

Nach dem Wesen des Handelsverkehrs kann für Unentgeltlichkeit oder Schenkung, welche kein Handelsgeschäft ist, niemals vermuthet werden. Alle Leistungen von Sachen, von Arbeit und Credit erscheinen daher an sich entgeltlich, zumal der Maßstab der Vergütung auch ohne Vertragsfestsetzung durch die Ueblichkeit gefunden werden kann. Daher gilt namentlich die Entrichtung von Provisionen, Lagergeld u. dgl. (Art. 290) und vor allem von Zinsen unter Kaufleuten, beziehungsweise aus Handelsgeschäften (Art. 288 ff.), umgekehrt auch in gewissem Umfang der Disconto bei verfrühter Leistung (Art. 334) als

---

[1]) Thöl, §. 56b; Endemann, §. 76; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, VIII. S. 224; IX. S. 23; Handbuch, §. 79.

[2]) Vgl. Thöl, §. 110a; Laband, Zeitschrift für Handelsrecht, IX. S. 228; Goldschmidt, Handbuch, §. 85 ff.

[3]) Endemann, §. 78; Goldschmidt, Handbuch, §. 70 ff.

[4]) S. die Literaturangaben bei Endemann, §. 82 ff, besonders Inhaberpapiere, §. 86.

selbstverständlich. Ueber den Preis kann frei verfügt werden; auch über den des Credits. In der letzteren Beziehung ist das Handelsgesetzbuch, welches die Zinsbeschränkungen wenigstens gelockert hatte, nunmehr durch das Bundesgesetz vom 17. November 1867, wonach die Vereinbarung über die Höhe der Zinsen, sowie über die Höhe und Art der Vergütung für Darlehne und andere creditirte Forderungen, sowie der Conventionalstrafen völlig freigegeben ist, überholt worden.[1]) Ebenso wenig existirt noch das Verbot des Aufwachsens der Zinsen über die Höhe des Capitals (Art. 293) und für laufende Rechnungen der Kaufleute das Verbot des Anatocismus (Art. 291). Wegen übermäßiger Verletzung (über die Hälfte) kann kein Handelsgeschäft angefochten werden (Art. 286).[2])

Ausführliche Regelung hat der Vertragsschluß durch Offerte und Annahmen erfahren, was namentlich für das Distancegeschäft (unter Abwesenden) wichtig wird. Ausgangspunkt ist der Gedanke, daß der Offerent an eine wirkliche Offerte (vgl. Art. 337), wenn sie an den Adressaten gelangt, gebunden erscheint, und zwar bis zu dem Moment, wo er bei promptem Verfahren eine Antwort erwarten durfte (Art. 218 ff.).[3])

Als Abweichungen von dem Civilrecht verdienen außerdem noch folgende Sätze bezeichnet zu werden. Mehrere Schuldner haften im Zweifel solidarisch ohne Einrede der Vorausklagung und Theilung (Art. 280. 281). Der Begriff der Diligenz wird als Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, und der des Wertherſatzes (Interesses) dahin gefaßt, daß er jeden in ursachlichem Zusammenhang mit dem Verschulden stehenden Verlust umfaßt (Art. 282. 286). Einer vertragsmäßigen Daraufgabe legt das Handelsgesetzbuch als vermuthlichen Sinn den einer Anzahlung und nicht den eines Reugeldes, einer stipulirten Conventionalstrafe aber die Bedeutung bei, daß sie unbedingt schon wegen des bloßen Factums der Nichterfüllung, abgesehen von Verschulden, verwirkt sein soll (Art. 284. 285). Als besonderes Sicherungsmittel der Erfüllung gewährt es endlich neben gewissen gesetzlichen Pfandrechten des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers (Art. 374. 382) ein gesetzliches, für Kaufleute eigen geartetes (kaufmännisches) Retentionsrecht (Art. 313—316).[4])

Von den einzelnen Handelsgeschäften ist zunächst

1) das Kaufgeschäft, welches die Erwerbung einer Sache, schließlich ebenso die Erwerbung irgend eines Gutes, mittelst einer Geldleistung, mittelst irgend einer Werthleistung, darstellt, hervorzuheben. Nach wie vor bildet das Civilrecht die Grundlage. Das Handelsrecht spricht nur einzelne Modificationen aus, welche insbesondere das Distancegeschäft erheischt. Abschluß und Inhalt bestimmen sich nach dem Vertragswillen, jedoch unter Zuhülfenahme der für alle Handelsgeschäfte aufgestellten, sowie zum Theil hier noch besonders hervorgehobenen gesetzlichen Vermuthungen, z. B. wegen des Erfüllungsortes, des Gewichts, des Preises (Art. 342. 352. 353). Die Verpflichtung des Verkäufers besteht einmal in der sorgsamen Aufbewahrung des verkauften und nicht sofort überlieferten Gutes bis zur Uebergabe, deren er sich jedoch durch Niederlegung in einem Lagerhause oder sogar durch Verkauf in einer bestimmt geordneten Weise entledigen kann, wenn der Käufer mit Abnahme der Waare in Verzug tritt (Art. 343); sodann in der vertragsmäßigen Uebergabe (Tradition) der Waare, welche letztere im übrigen, insofern sie an den Käufer selbst oder dessen von ihm bevollmächtigten Stellvertreter erfolgt,

---

[1]) S. darüber Hinschius, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen. II. 1. S. 14 ff.

[2]) Endemann, §. 92 107; Goldschmidt, Handbuch, §. 64.

[3]) Thöl, §. 57 ff.; Endemann, §. 94.

[4]) S. über die allgemeinen Lehren Endemann, §. 90—99; über Retention Goldschmidt, Handbuch, §. 93 ff., 98.

nichts Eigenthümliches hat. Im Distancegeschäft aber erscheint sie dadurch ausgezeichnet, daß der Verkäufer mangels besonderer Ordre des Käufers für befugt gilt, seinerseits den Spediteur oder Transportanten auszuwählen, welcher den Transport an den Käufer besorgen soll und an den nun die Uebergabe an Stelle des Käufers erfolgt (Art. 344). Eine Folge davon ist, daß, wenn nicht schon früher, durch den Kaufabschluß oder durch Ausscheidung der verkauften Quantität aus dem Gesammtvorrath, jedenfalls mit diesem Moment die Gefahr der Waare (zu unterscheiden von der Transportgefahr) auf den Käufer übergeht (Art. 345).

Die Empfangnahme der Waare, wenn vertragsmäßig geliefert wird, erscheint nicht blos als Recht, sondern als Pflicht des Käufers (Art. 346). Sie fällt nicht absolut mit der äußerlichen Abnahme der Waare zusammen. Denn wenn sie als Anerkennung, daß mit dieser Lieferung der Vertrag erfüllt sei, erscheinen soll, so muß einerseits die Möglichkeit gegeben sein, die Vertragsmäßigkeit der Lieferung zu prüfen, und unvertragsmäßige, d. h. in irgend einem wesentlichen Punkte von der Vereinbarung, insbesondere von der Beschaffenheit der Probe, abweichende Lieferung, wobei im ganzen der Handelsverkehr (z. B. auch in Betreff der Zeit der Lieferung) mit Abweichungen strenge verfährt, zurückzuweisen (zur Disposition zu stellen). Andererseits muß aber auch der Verkäufer zu verlangen berechtigt sein, daß die Prüfung und etwaige Rüge prompt erfolgt. Von diesem Gesichtspunkt aus ist die Abnahme und die Empfangnahme (als kaufmännische, als Billigung der gelieferten Waare), was namentlich wieder für das Distancegeschäft bedeutsam wird, geordnet (Art. 347. 348). Rügen solcher Mängel, welche bei sofortiger Prüfung nicht entdeckt werden können, beschränkt das allen nachträglichen Querelen überhaupt feindselige Handelsrecht auf die Zeit von sechs Monaten seit der Ablieferung (Art. 349). Der Kaufpreis ist regelmäßig bei der Uebergabe (Zug um Zug) zu leisten, er kann aber auch nach ausdrücklicher Abrede oder nach stillschweigender Uebereinkunft, nach der Natur des Geschäfts oder nach Gebrauch, vorher (Pränumerationskauf) oder erst später (Creditkauf) entrichtet werden sollen (Art. 342, Abs. 2).

Besondere Sorge wendet das Handelsrecht auf die rechtliche Ordnung derjenigen Folgen, welche bei Unterbleiben der vertragsmäßigen Erfüllung eintreten. Gegenüber der gemeinen Lehre vom Verzug neigt sich der Handel dahin, die oft schwierige Untersuchung, ob wirklich Verzug vorliegt, durch eine feste Zeitbestimmung zu ersparen (Fixgeschäft). Der andere Contrahent kann sich dann einfach auf die allenfalls durch Protest zu constatirende (Art. 358) Thatsache der Nichterfüllung hin entscheiden, ob er den Vertrag als aufgehoben ansehen, oder Erfüllung, beziehungsweise Schadensersatz fordern will. Das Nähere über die Wahlrechte in diesem Fall, sowie in dem anderen, wo mangels einer fixen Zeitbestimmung das Dasein des Verzugs nöthigenfalls erst besonders dargethan werden muß, hat das Handelsgesetzbuch geregelt (Art. 354—357).[1])

Als Unterarten des Kaufgeschäfts erscheinen der Probe- und Besichtskauf. Der Kauf nach Probe oder Muster ist im Zweifel ein unbedingtes Kaufgeschäft, bei dem die Vertragsmäßigkeit der Waare nach der Probe oder dem Muster beurtheilt werden soll (Art. 340). Kauf zur Probe ist ein gewöhnliches Kaufgeschäft unter Angabe des Motivs (Art. 341). Der Kauf auf Probe behält dem Käufer das Recht vor, die Waare erst zu probiren und danach zu entscheiden, ob er sie behalten will. Zur Abschneidung von Zweifeln des Civilrechts legt das Handelsgesetzbuch der letzteren Verabredung im

---

[1]) Ueber die Lehre vom Kauf s. außer Thöl, §. 63 ff., und Endemann, §. 103 ff. (woselbst auch die Literatur der einzelnen Fragen), Treitschke, Der Kaufcontract, 2. Aufl.

Zweifel aufschiebende Bedeutung bei (Art. 339).[1]) Nahe verwandt erscheint der Kauf à condition, über den jedoch das Handelsgesetzbuch ebenso wenig etwas enthält, wie über den Kauf in Auction.[2])

2) An das eigentliche Kaufgeschäft schließt sich ferner an das Lieferungsgeschäft. Von dem Lieferungskauf oder Kauf auf Lieferung steht fest, daß er nichts ist, als ein Kaufgeschäft mit einem aufgeschobenen Termin der Erfüllung; und von dem Lieferungsgeschäft im engern Sinne, welches namentlich den Verkauf erst anzuschaffender Waare umfaßt, ist anerkannt (Art. 338), sofern es sich auf eine Quantität vertretbarer Sachen bezieht, daß es nach den Regeln des Kaufs beurtheilt werden muß. Indem nun schon von diesem Gesichtspunkte aus für den Fall des Unterbleibens der festbetagten Lieferung dem anderen Theil die Möglichkeit gegeben ist (Art. 357, Abs. 3), lediglich die Differenz geltend zu machen, bietet sich hier der Speculation der Uebergang zu den reinen Differenz- oder Prämiengeschäften, dem Hauptgebiete der s. g. Börsengeschäfte, dar. Ihre Formen und Gegenstände (Waaren oder Papiere) sind sehr mannichfaltig. Die Construction ihrer Rechtsverbindlichkeit, beziehungsweise Klagbarkeit bleibt, da auch das Handelsgesetzbuch nichts darüber verfügt hat, eine Aufgabe der Wissenschaft und Praxis, welche angesichts der thatsächlichen Erscheinungen nicht durch Anlegung des Begriffs schlechthin rechtsungültiger Spiel- oder Wettverträge verleugnet, aber auch nicht durch unwahre Fictionen, sondern von dem Standpunkt aus gelöst werden muß, daß jede Quantität von Geld, Effecten oder Waaren nach den heutigen Begriffen des Verkehrs lediglich als Inbegriff oder Bezeichnung einer gewissen dadurch repräsentirten Werthsmenge aufgefaßt werden kann und in jenen Geschäften aufgefaßt wird.[3])

3) In das Handelsrecht gehört sodann wesentlich auch das Zahlungsgeschäft. Die Lehre von der Zahlung, als Grundlage der Geldgeschäfte, hat hier keine abweichende positive Normen im Vergleich zu dem übrigen bürgerlichen Recht. Allein, insofern das letztere immer noch die Zahlung von dem Grundgedanken aus behandelt, daß sie an sich in der reellen Numeration baarer Zahlungsmittel bestehe, muß seine Lehre offenbar für das gegenwärtige Handelsrecht insofern erweitert werden, als es Thatsache ist, daß sich der Handelsverkehr vielfach die reelle Baarzahlung thunlichst erspart. Es muß mithin außer der Vermittelung der Zahlung durch andere Personen besonders die objective Surrogirung der Baarzahlung durch andere Mittel der Werthübertragung und Werthausgleichung berücksichtigt werden, wodurch ihrerseits auch die indirecte Zahlung durch Mittelspersonen leicht einen anderen Charakter annimmt. Am wichtigsten wird in dieser Beziehung die Anweisung, welche der Verkehr sichtlich zu einem möglichst stricten Formalgeschäft zu gestalten strebt. Das Handelsgesetzbuch hat jedoch nur über die auf Kaufleute lautenden und von Kaufleuten in Betreff der Leistung von Geld, vertretbaren Sachen oder Werthpapieren ausgestellten Anweisungen einige Bestimmungen, welche die Verbindlichkeit des Accepts, beziehungsweise die Entbehrlichkeit der Angabe des Verpflichtungsgrundes und die Indossabilität aussprechen (Art. 300. 301).[4])

4) Einen bedeutenden Theil der Handelsgeschäfte bildet die Gruppe der Creditgeschäfte. An positiven Normen gebricht es gänzlich. Mithin müssen nach allgemeinen Grundsätzen und vor allem unter Zugrundlegung des heutigen Creditbegriffs die Rechtsverhältnisse des Darlehns, als des Typus der auf den Gebrauch fremder Werthe abzielenden Verträge, und verschiedener Unterformen desselben, insbesondere der öffentlichen

---

[1]) Thöl, §. 71. 72; Endemann, §. 117; Treitschke, §. 46. 53.
[2]) Koch, Archiv, IV. S. 261; Endemann, §. 118.
[3]) Thöl, §. 91—99; Endemann, §. 120.
[4]) Thöl, §. 112 ff.; Endemann, §. 124 ff.

Anleihe (Emissions-, Zettelgeschäft), des Depositengeschäfts, dessen Gegensatz zu dem Darlehn darin besteht, daß hier das Capital Aufbewahrung und Vergütung sucht, während es dort gesucht wird, und des Contocorrents, sowie weiter der zur Vermittelung (Verschaffung) und Sicherung des Credits dienenden Geschäfte, worunter Deckung, Bürgschaft (Delcredere) und Creditauftrag am wichtigsten, erörtert werden. Alle diese Geschäfte lassen sich am natürlichsten verstehen, wenn man, anstatt sie durchaus in das System des gemeinen, beziehungsweise römischen Rechts einfügen zu wollen, davon ausgeht, daß sich in den ersteren die Gebrauchgewährung an einer bestimmten Werthmenge und der dafür zu entrichtende Preis (Kaufpreis des Credits, oder Miethspreis der Capitalmiethe), welcher gezahlt wird, weil der Gebrauch fremder Werthe eine solche Vergütung verdient, als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen; woraus sich denn zugleich für die letzteren ergibt, daß die Verschaffung und Sicherung des Credits nicht minder als eine werthvolle, zur Vergütung durch einen Preis geeignete Leistung den Inhalt selbstständiger Verträge bilden kann.[1]

5) Aus der Gruppe der Arbeitsgeschäfte, d. h. derjenigen Geschäfte, welche eine dem Handel angehörige Thätigkeit gegen Vergütung zum Objecte haben, sind mehrere ausführlich von der Gesetzgebung geregelt worden. Hieher gehört

a. Das Frachtgeschäft, der Vertrag, wonach ein Frachtführer gegen Lohn die Ausführung eines Gütertransports übernimmt Die Verpflichtung des letzteren erstreckt sich auf rechtzeitige unversehrte Ablieferung des Frachtgutes am Destinationsorte, einschließlich alles dessen, was von der Empfangnahme des Gutes an bis zur Aushändigung behufs Ausführung des Transports nach der ertheilten Anweisung, nach Ortsgebrauch oder bestem Ermessen nöthig ist. Es trifft ihn strenge Haft für jeden Schaden durch Verlust oder Beschädigung, die nicht durch höhere Gewalt oder die Beschaffenheit des Gutes selbst herbeigeführt wird (Art. 395). Bei Ausmessung des Ersatzes soll im ganzen der gemeine (Handels-) Werth zu Grunde gelegt werden (Art. 396 ff.) Diese Haft erstreckt sich auch auf die eigenen Leute oder die fremden Personen, deren sich der Frachtführer bedient (Art. 400). Dem entspricht das Recht desselben, nur gegen Empfang der frachtbriefmäßigen Kosten und Spesen ausliefern zu müssen, wozu noch ein gesetzliches Pfandrecht kommt, sowie die Befugniß, bei Unmöglichkeit, das Gut an den Adressaten zu bringen, oder bei Verweigerung der Annahme, nicht nur dasselbe niederzulegen, sondern auch sich aus demselben durch Verkauf zu befriedigen (Art. 406 ff.). In dieser Hinsicht ist das Verhältniß mehrerer Frachtführer, denn der Frachtführer kann den Transport weiter begeben (Art. 401), näher geregelt (Art. 410 ff.)

Charakteristisch ist die Art, wie das Gesetz die obligatorischen Beziehungen des Frachtführers geordnet hat. Abermals galt es, die Rechte und Pflichten des letzteren von dem inneren Rechtsverhältniß des Absenders und Empfängers loszulösen und nach außen hin möglichst formale Sicherheit zu gewinnen. Nächster Contrahent des Frachtführers ist der Absender, der ihm die Fracht vergibt und demgemäß den Frachtbrief ausstellt, ferner die nöthigen Begleitpapiere (Art. 393) zu besorgen hat, ohne daß darauf dem Frachtführer etwas ankommt, ob jener die Fracht in eigenem oder fremdem Interesse, namentlich für Rechnung des Adressaten vergibt. Folgeweise muß er auch den Ordres des Absenders durchaus folgen (Art. 402). Allein nicht nur ist der Adressat in gewisser Weise befugt, schon vor Ankunft am Destinationsorte zur Sicherstellung des Frachtgutes Maßregeln zu ergreifen (Art. 404), sondern von der Ankunft an auch befugt, alle aus dem Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der frachtbriefmäßigen Verpflichtungen, und zwar in eigenem Namen, geltend zu machen (Art. 405). Recht

[1]) Thöl, §. 100 ff; Endemann, §. 137 ff.

und Pflicht hängt also für den Frachtführer eigentlich an dem Frachtgut, beziehungsweise an dem Frachtbrief (Art. 391, 392), welcher daher, wenn ihn auch das Gesetz zunächst nur als Beweisurkunde auffaßt, praktisch die viel höhere Bedeutung einnimmt, daß er das Frachtverhältniß geradezu verkörpert.

Neben dem letzteren kann noch ein Ladeschein ausgestellt werden, durch den sich der Frachtführer zur unbedingten Auslieferung des Frachtgutes an den darin bezeichneten Empfänger oder dessen Ordre gegen Rückstellung des Scheins verpflichtet (Art. 414 ff.) Ein solcher Schein wird zum Mittel, über die auf dem Transport befindlichen Waaren ähnlich zu disponiren, wie dies durch Conossement geschieht.[1])

Die Grundsätze des Frachtgeschäfts finden einerseits auch auf solche einzelne Transporte, welche ein Kaufmann außerhalb seines gewöhnlichen Handelsbetriebs unternimmt (Art. 420), andererseits auch auf die Frachtgeschäfte der öffentlichen Transportanstalten Anwendung (Art. 421). Indessen ist diese Geltung auf die Postanstalten nur unter dem Vorbehalt erstreckt worden, soweit nicht besondere Gesetze und Verordnungen bestehen. Jetzt sind für Norddeutschland die privatrechtlichen Beziehungen, insbesondere die Haftbarkeit, der Post näher geordnet worden durch das Bundesgesetz vom 2. November 1867.[2]) Dagegen hat für den Verkehr der Eisenbahnen das Handelsgesetzbuch selbst nach großem Streit gewisse Normen aufgestellt, welche auch von den Statuten derselben nicht überschritten werden können. Dennoch bleibt, indem keine Eisenbahn bis jetzt ihre Verpflichtung über jenes Maß hinaus verschärft hat, die Haftbarkeit immer noch eine verhältnißmäßig sehr beschränkte. Eine Steigerung derselben (als Assecuranz) muß erst durch besondere Declaration und Vergütung erworben werden (Art. 422—431).[3]) Ueber die Rechtsverhältnisse der Telegraphenanstalten fehlt es noch an einem umfassenden Gesetz gänzlich.

b. Die zahlreichen Geschäfte, welche die Vermittelung des Umsatzes selbst betreffen, folgen im ganzen den Grundsätzen des Mandats oder Dienstleistungsvertrags, wobei stets die Frage, ob und inwieweit nach außen eine Stellvertretung eintritt, getrennt zu halten ist.

Besondere Regelung hat empfangen zunächst das Mäklergeschäft. Die Mäkler bildeten historisch eine eigene Art von Handelspersonen, indem sie mit einer amtlichen oder öffentlichen Qualität ausgerüstet waren. Das Handelsgesetzbuch verbietet zwar die Privatmäklerei nicht, nennt aber Handelsmäkler nur die amtlich bestellten Vermittler. Es hat die Anstellung und Beeidigung, die Pflichten, diese von der Idee aus, daß die Mäkler als möglichst unparteiische Mittelspersonen den Abschluß und die Beurkundung des Geschäfts, zu welchem Behufe sie auch eigene Mäklerbücher (Art. 71) führen müssen, zu besorgen haben, und die Rechte derselben geordnet; nicht ohne gerade in diesem Abschnitt durch seine polizeilich-präventive, den freien Verkehr hemmende Haltung mancherlei Widerstreit zu erregen (Art. 66 ff.). Der Mäklervertrag ist das Geschäft, durch welches sich der Mäkler engagirt, die Vermittelungsarbeit zu übernehmen. Er haftet seinem Auftraggeber für vollen Fleiß der Ausführung, also auch in der Auswahl, nicht aber weiter für die Leistungsfähigkeit des Contrahenten (Art. 81), beiden Theilen für die Ausstellung der Schlußnoten (Art. 73, 76), beziehungsweise die gehörige Eintragung in seine Bücher, Aufbewahrung der ihm überantworteten Probe (Art. 74, 76) u. dgl. Den

---

[1]) Siehe überhaupt Endemann, §. 153 ff. und Kuhn, Arch. VI, S. 335; Goldschmidt, Hdb. §. 75.

[2]) Siehe darüber, über die früheren Postverträge und die Lit. Endemann, §. 160; Gad, §. 146.

[3]) Endemann, §. 161; Gad, §. 148; über die Ausführung des Handelsgesetzbuches im Vereinsreglement Koch, Zeitschrift für Handelsrecht VIII und X; über andere Rechtsverhältnisse der Eisenbahnen Koch, Deutschlands Eisenbahnen 1858.

Mäklerlohn empfängt er nur, wenn das Geschäft wirklich zu Stande gekommen ist, im Zweifel von jedem Theil zur Hälfte (Art. 82).

Das Commissionsgeschäft bezweckt Vermittelung nicht blos des Abschlusses, sondern der Ausführung von Handelsgeschäften, und zwar, um Sicherheit nach außen zu haben, in der Weise, daß der Commissionär mit dem Dritten in eigenem Namen, also als dessen eigentlicher Contrahent, wenngleich, was rein inneres Verhältniß ist, nach Uebereinkunft mit dem Committenten für dessen Rechnung contrahirt (Art. 360). Dem letzteren gegenüber macht sich der Commissionär verbindlich, nach dessen Aufträgen, wobei es sich namentlich um ein Preislimitum handeln kann, zu verfahren (Art. 361 ff.) Mehr als der Auftrag gilt jedoch das Interesse des Committenten; daher denn vortheilhaftere Abschlüsse, als nach der Ordre, nicht dem Commissionär, sondern dem Committenten zu gute kommen (Art. 372). In der Auswahl des Contrahenten haftet er für volle Sorgfalt, für Solvenz nur in Folge besonderen Delcrederes (Art. 370). Auftragswidrige Geschäfte braucht der Committent nicht für sich anzuerkennen (Art. 362). Weiter schließt sich häufig Sorge für Aufbewahrung des Commissionsgutes an (Art. 365, 367). Die Rechte des Commissionärs auf Ersatz der Auslagen, Provisionen u. s. w. (Art. 374) sind mit einem gesetzlichen Pfand- und vorzugsweisen Befriedigungsrecht versehen (Art. 374); besonders wichtig aber wird, indem sie im Verkehr dem Commissionsgeschäft eine weit höhere Bedeutung gibt, nämlich in den Begriff der Unternehmung hinüberführt, die im Gesetz freilich nur als Nebenmoment angesehene Befugniß des Commissionärs, in das ihm aufgetragene Geschäft als Selbstcontrahent einzutreten. Dies ist nicht nur bei der Einkaufs- und Verkaufscommission (Art. 376), sondern auch bei der Spedition (als Transportcommission), welche von dem Handelsgesetzbuch in einem besonderen Abschnitt behandelt wird (Art. 379 ff.), und vermöge jener Berechtigung leicht in die sonst von dem Handelsgesetzbuch nicht geregelte Transportunternehmung übergeht, anerkannt. Indessen kann sich die Commission auf Handelsgeschäfte jeder Art beziehen.[1])

c. Gar keine Bestimmungen enthält das Handelsgesetzbuch über das Verlagsgeschäft, das unter diesem allgemeinen Titel eine ganze Reihe von verschiedenen Verträgen in sich begreift. Ebenso wenig ist bis jetzt das Recht des Autors an seinen Producten (sog. geistiges Eigenthum) gesetzlich festgestellt worden. Abgesehen von den vielen Geschäften, welche zur Ausführung des Verlagsunternehmens nöthig werden, z. B. mit Druckereien, Commissionären, Subscribentensammlern u. dgl., muß eigens der Comissionsvertrag in's Auge gefaßt werden, welcher da vorkommt, wo der Autor den Verlag auf eigene Rechnung gehen und den Commissionsverleger nur den Vertrieb besorgen läßt. Ferner erscheint nach den Einrichtungen des Buch- und Kunsthandels als ein eigenthümlicher Vertrag derjenige zwischen Verleger und Sortimentern, vermöge dessen der erstere dem letzteren seine Artikel à condition übersendet, d. h. mit der Bestimmung, daß zur bestimmten Zeit der Preis nur so weit, als sie die Sortimentshandlung verkauft hat oder behalten will, der Rest aber in Natur erstattet werden soll. Das eigentliche Verlagsgeschäft zwischen Autor und Verleger bezweckt auf der einen Seite die Vervielfältigung und Publication des Werkes, auf der anderen die Vergütung der Autorenarbeit. Allein auch dieses Geschäft nimmt leicht eine wohl zu beachtende verschiedene Gestalt an, je nachdem der Autor den Verleger, oder umgekehrt der Verleger den Autor sucht und gewinnt, beziehungsweise engagirt.[2])

---

[1]) Hiersemenzel, die Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäft, 1859; Endemann, § 106 ff.

[2]) Ueber alles hierher Gehörige siehe Wächter, Das Verlagsrecht; eine kurze Uebersicht Endemann, §. 173; von Gerber, Deutsches Privatrecht §. 200; Bluntschli, §. 156.

d. Endlich zählt zu den Handelsgeschäften auch das **Versicherungsgeschäft**. Das Handelsgesetzbuch hat nur die Seeversicherung geregelt. Andere allgemeine Gesetze über das Versicherungsrecht liegen bis jetzt nicht vor. Hauptquelle desselben bilden daher für die übrigen Versicherungsarten die Statuten der Assecuranzanstalten, von denen die Versicherung gewerbsmäßig betrieben wird und die außerhalb der Seeversicherung so gut wie ausschließlich Gesellschaften auf Actien oder auf Gegenseitigkeit sind. Im Versicherungsvertrag verspricht der Versicherer gegen Zahlung der Prämie für den Fall eines gewissen Ereignisses an den Versicherten, dessen Rechtsnachfolger oder andere Personen entweder eine im voraus bestimmte Summe, oder den erlittenen Schaden zu ersetzen. Darüber wird ein Schein, die Police, ausgestellt. In Bezug auf Festsetzung des die Leistung der Versicherungssumme bedingenden Ereignisses, die Bestimmung der zum Empfang berechtigten Person, die Art und den Umfang der erwähnten Leistung herrscht die größte Dehnbarkeit. Die rechtliche Natur des Verhältnisses, aus der sich die nähere Auslegung der beiderseitigen Verpflichtungen ergibt, kann nur dahin gefaßt werden, daß durch die Prämienzahlung die Leistung der Assecuranzsumme für den fraglichen Fall, sei es, daß dieser gewiß eintritt, oder daß es ungewiß ist, ob er eintritt, erkauft wird. Indessen leidet die juristische Construction, historisch erklärlich, noch an manchen Unklarheiten und die Praxis, wie die Theorie wird vornehmlich durch die Meinung beherrscht, daß es vor allem geboten sei, Schranken gegen unredliche Absichten der Versicherungsnehmer aufzurichten. Das Nähere läßt sich nur bei den einzelnen Arten der Versicherung darstellen. Diese beziehen sich theils auf Unfälle, welche Sachengüter, theils auf Ereignisse, welche die Person treffen. Zu den ersteren gehören die Assecuranzen gegen Feuers- und Transportgefahr, gegen Hagelschlag, Viehverlust u. dgl., sowie die Credit-, Hypotheken- und Rückversicherung, zu den letzteren, welche meist auf eine im voraus festgesetzte Summe gehen, während dort regelmäßig nur der erst festzustellende Schaden vergütet wird, die Lebens-, Alters-, Krankheits-, Leibrenten-, Aussteuer- und ähnliche Versicherungen.[1])

4. Das Seerecht.

Das Seerecht insoweit es die aus dem Handelsverkehr zur See entspringenden Privatrechtsverhältnisse regelt, ist ein Bestandtheil des Handelsrechts. Indessen rechtfertigt der Umfang und die Eigenthümlichkeit der dem Seeverkehr angehörigen Verhältnisse, daß es als ein getrennter Abschnitt behandelt wird. Im weiteren Sinne umfaßt dasselbe freilich auch eine Menge von staats- und völkerrechtlichen Beziehungen des Handels. Insbesondere gehört dahin die Stellung des Seehandels im Kriege, in Bezug auf welche eine umfassendere Ordnung des Schutzes der Neutralität, Abschaffung der Kaperei u. s. w. neuerdings mehrfach angeregt worden ist. Indessen sind die öffentlichen Verhältnisse des Seehandels, wie sie vorzugsweise durch Schiffahrtsverträge international geregelt sind, dem Staats- und Völkerrecht zu überlassen[2]). Im engeren Sinne, wie er hier zu Grunde zu legen, begreift das Seerecht nur Privatrechtsnormen und

[1]) Siehe die Uebersicht des Versicherungsrechts bei **Endemann**, §. 174 ff.; **von Gerber**, §. 202; **Bluntschli**, §. 161; über das Geschichtliche **Endemann**, Zeitschrift für Handelsrecht IX und X und über Lebensversicherung **Staudinger**, Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag, 1858.

[2]) Siehe darüber **von Kaltenborn**, Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts II, S. 337 (auch über die Literatur); **Heffter**, Völkerrecht. Das Handelsgesetzbuch enthält darüber nichts. Sammlungen der Schiffahrtsverträge siehe **Goldschmidt**, I, S. 201.

zwar nicht alle im Seehandelsverkehr zur Anwendung kommenden Privatrechtsnormen, denn für die sonstigen Rechtsgeschäfte und Rechtsbeziehungen des Seehandels gelten dieselben Rechtsregeln wie für den Landhandel, sondern speciell diejenigen, welche die Seeschiffahrt und den Seetransport betreffen.

Die Entwickelung des Seerechts schließt sich ihrem ganzen Charakter nach durchaus an die des sonstigen Handelsrechts an. Gerade auf diesem Gebiete war von jeher der Natur der Sache gemäß das internationale Wesen des Seeverkehrs und folglich das Streben nach allgemeingültigen Normen besonders deutlich erkennbar. Daher hat sich allmählig aus ursprünglich vereinzelten localen und particularen Gesetzen oder Gebräuchen ein allgemeines Seerecht gestaltet, welches neuerdings für die meisten an dem Seehandel betheiligten Staaten mehr oder minder umfassend codificirt worden ist, wobei jedoch so lange eine internationale Codification noch fehlt, immer auf die Berücksichtigung der fremden Rechte nothwendig hinzuweisen bleibt.

Als wissenschaftlich-geschichtliche Quellen sind für das gemeine Recht in letzter Linie die antiken Rechte, einige Abschnitte des römischen Rechts, welches seinerseits in diesem Punkte sich auf das griechische (rhodische) stützt, zu erwähnen. Die nach heutigen Begriffen auffällige Dürftigkeit dieser Quellen erklärt sich aus dem total verschiedenen Zustande des damaligen Seehandels, welcher eben sowohl bei der historischen, als bei der ohnehin nur an wenigen Punkten möglichen praktischen Benutzung derselben stets beachtet werden muß. Näher liegen uns die gewohnheitsrechtlichen Uebungen, welche im Mittelalter, als der Seehandel Aufschwung nahm, überall zum Vorschein kamen und an manchen bedeutenden Plätzen aufgezeichnet wurden. Einzelne dieser Statutarrechte oder einzelne wissenschaftliche Bearbeitungen aus Zusammenstellungen der geltenden Gewohnheiten erlangten, wie dies auch auf anderen Rechtsgebieten geschah, eine weit über ihr ursprüngliches Bereich hin reichende Bedeutung. So für die westlichen Küsten das bekannte Seerecht von Oleron, für die nördlichen Küsten das von Wisby und vor allem das zunächst für die Mittelmeerländer wichtige, in der Folge aber häufig als die Basis des gesammten späteren Seerechts betrachtete consolato del mare, wahrscheinlich zu Barcelona (vor a. 1400) entstanden. Neben ihm ist noch der aus Westfrankreich stammende guidon de la mer hervorzuheben, für Norddeutschland erscheinen als die unmittelbarsten und wichtigsten Quellen älterer Zeit, die hanseatischen Recesse. Hier und da finden sich auch bereits einzelne provincielle oder particulare Verordnungen.

In der neueren Zeit, seit dem 16. oder 17. Jahrhundert, treten in sehr vielen Ländern, in Frankreich (Ordonnances), Niederlanden, Schweden u. dgl. umfassendere Staatsgesetze auf, während dagegen in England die Gesetzgebung durch eine Reihe von Specialbestimmungen successiv nur einzelne Punkte zu ordnen pflegte. Von den deutschen Küstenstaaten unternahm Oesterreich (1774), sodann Preußen in einem Abschnitt seines allgemeinen Landrechts (II, 8. §. 1389 ff.) eine ausführlichere Codification. Noch weiter zu der Gegenwart hin haben nach dem Muster des französischen Code de commerce fast alle Handelsgesetzbücher das Privatseerecht in sich aufgenommen. Demgemäß hat denn auch das deutsche Handelsgesetzbuch das Seerecht mit behandelt [1]). Der betreffende Abschnitt (Buch 5) ist als Theil des Handelsgesetzbuchs in allen Staaten, wo letzteres gilt, mit Ausnahme von Oesterreich, eingeführt worden [2]). Diese positive Grundlage wird um so wichtiger, als gerade in dem Abschnitte des Seerechts die Legislation vollständiger zu Werke gegangen ist, wie in andern Theilen des Handelsrechts. Ueber das Verhältniß zu

[1]) Ueber die Berathung s. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. S. 139.

[2]) S. über sämmtliche Quellen des deutschen und außerdeutschen Seerechts bis 1851 Kaltenborn. I. §. 7—37.

anderen Quellen und zu anderen Rechtsgebieten gilt durchaus das Nämliche, wie von dem Handelsrecht überhaupt.

Die Literatur des Seerechts ist theils in den allgemeinen Schriften über Handelsrecht enthalten, wie dies namentlich auch bei den älteren romanischen Schriftstellern (Stracha, Casaregis u A.) der Fall, besteht aber zum Theil auch aus Monographien. Für Deutschland sind besonders zu erwähnen Stypmann, M. Pöhls, Darstellung des Seerechts, 1830—1833, und das mehrfach citirte Werk von Kaltenborn, 1851 [1]. Seit Herrschaft des Handelsgesetzbuchs ist eine eigene systematische Bearbeitung des gesammten deutschen Seerechts, sofern nicht eine solche als kurze Uebersicht den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts angereiht worden ist, noch nicht erschienen; selbst die Bearbeitungen einzelner Materien sind verhältnißmäßig selten und dürftig. Auch die Commentare zum Handelsgesetzbuch beschäftigen sich keineswegs alle mit dem fünften Buche [2]. Hauptsächlich muß zur näheren Kenntniß auf die Präjudiciensammlungen der Seestädte und besonders des Oberappellationsgerichts zu Lübeck verwiesen werden.

Den Inhalt des Seerechts anlangend, so hat das Handelsgesetzbuch in Uebereinstimmung mit anderen Rechten zunächst unter den allgemeinen Bestimmungen das Schiffsregister geordnet (Art. 432 ff.), in welches alle zur Führung der Landes- oder jetzt Bundesflagge berechtigte Schiffe mit Ausnahme der kleineren Fahrzeuge, die nach Landesgesetz davon frei bleiben können, behufs authentischer Feststellung der Nationalität, deren Voraussetzungen übrigens an dieser Stelle nicht normirt worden sind, sich also nach den sonst bestehenden Gesetzen, für den Norddeutschen Bund nach dem Bundesgesetz vom 25. October 1867, ergeben, der Eigenthumsverhältnisse (Alleineigenthum oder Schiffsparten) und des Heimathhafens einzutragen sind. Die Veräußerung des ganzen Schiffs oder eines Antheils, welche in den persönlichen Rechtsverhältnissen des Veräußerers zu Dritten nichts ändert, bewirkt den Eigenthumsübergang ohne Tradition [3].

Rheder ist der Eigenthümer eines Schiffes, der damit Erwerb durch Seefahrt sucht (Art. 450). Allein als Rheder gilt auch, wer zu diesem Behufe ein fremdes Schiff verwendet (Art. 477). Er haftet für allen Schaden, den die Besatzung in ihrem Dienste verursacht. Dem Umfange nach haftet er für gewisse Ansprüche Dritter nur mit Schiff und Fracht, für andere und insbesondere für die Forderungen der Schiffsbesatzung aus den Dienst- und Heuerverträgen unbeschränkt (Art. 452—454), kraft gesetzlicher Verpflichtung. Der Rheder ist entweder eine Einzelperson, oder eine Handelsgesellschaft, oder eine Mehrheit von Personen (Mitrheder), die zwar keine Handelsgesellschaft, aber eine Rhederei bilden (Art. 456). Die Rechtsverhältnisse der letzteren sind in Hinsicht auf Berechtigung und Verbindlichkeit (des Beitrags zu der Reparatur u. dergl.) nach Analogie der Gesellschaft geordnet. Als besonderes Organ des Geschäftsbetriebs kann ein Correspondentrheder bestellt werden, dessen Befugnisse nach außen unbeschränkbar sind. Die Schiffspart des Einzelnen erscheint als actienartiger, veräußerlicher Antheil. (Art. 450—477.)

Umfassend sind die Pflichten und Rechte des Schiffers (Capitäns) festgesetzt. Eigenthümlich ist, daß seine Haft für getreue Pflichterfüllung nicht blos dem Rheder gegen-

[1] S. über die deutsche und außerdeutsche Literatur Kaltenborn, §. 38—40.

[2] Von den Commentaren, welche dasselbe behandeln, s. besonders den von C. F. Koch und Makower. Diese sind überall zu vergleichen, wo sich im Folgenden Artikel des Handelsgesetzbuchs citirt finden. Citate auf ältere Lehrbücher, welche vor dem Handelsgesetzbuch liegen, sind hier nicht beigefügt worden.

[3] S. über die Einrichtung das preußische Einf. Ges. Art. 53 und die Instruction vom 12. December 1861. Thl. 2; 31. August 1867 und jetzt (wegen Führung der Bundesflagge) zu dem oben berührten Bundesgesetz die Instruction vom 25. März 1868.

über, der ihn engagirt, sondern auch dem Befrachter, Ablader, Ladungsempfänger, dem Passagier, der Schiffsbesatzung und dem Schiffs=, insbesondere Bodmerei=Gläubiger, und zwar selbst dann, wenn er auf Ordre des Rheders gehandelt hat, besteht (Art. 479). Es zeigt sich also auch hier wieder eine subjective Ausdehnung der Obligation des Schiffers auf Personen, mit welchen er ursprünglich gar nicht contrahirt hat, aber thatsächlich durch die Ausübung seiner Functionen in Berührung tritt; eine Ausdehnung, die in dieser Weise dem gemeinen Recht fremd ist. Nach außen erscheint der Schiffer als der kraft seiner Anstellung berechtigte Disponent über Schiff und Ladung. Beschränkungen seiner gesetzlichen Befugnisse, welche der Rheder beliebt, wirken gegen Dritte nur, wenn diesen Kenntniß derselben besonders nachgewiesen werden kann (Art. 500). Die Verbindlichkeiten lassen sich im ganzen dahin bezeichnen: Aufsicht über die Ausrüstung (Art. 480—482) und außerhalb des Heimathshafens auch Sorge für die Erhaltung des Schiffs (Art. 496), für Bemannung, Verproviantirung, Legitimation u. s. w.; rechtzeitiger Antritt der Reise (Art. 483), die verantwortliche Leitung des Schiffs während der ganzen Reise (Art. 484 ff.); Führung des Schiffsjournals (Art. 486—488) und Aufnahme der in Hinsicht der Beweiskraft gesetzlich ausgezeichneten Verklarung über alle Unfälle (Art. 490—494); Wahrung der Interessen des Rheders und der Ladungsbetheiligten, zu welchem Behufe er nach Bedürfniß auf der Reise (Art. 495) Rechtsgeschäfte eingehen, über die Ladung und selbst über das Schiff verfügen, Darlehen aufnehmen und verbodmen kann (Art. 496—512). Er soll nicht selbst Mitbefrachter (Art. 514), kann aber Mitrheder sein (Art. 522). Auch ist die Entlassung des Schiffers, sowie die sonstige Aufhebung des Dienstverhältnisses und für diesen Fall das Recht desselben auf die Heuer oder einen Theil davon näher geordnet (Art. 515—526).

Der Schiffsmannschaft, zu der auch die Schiffsoffiziere mit Ausnahme des Capitäns, gehören, hat das Handelsgesetzbuch, ohne im übrigen die bestehenden Disciplinargesetze aufzuheben (Art. 533)[1], ihr Rechtsverhältniß keineswegs nur aus dem privatrechtlichen Gesichtspunkt des Dienstvertrags, sondern zugleich aus dem der Unterwerfung unter die Disciplinargewalt des Schiffers festgesetzt. Die Heuerverträge sind in die Musterrolle einzutragen (Art. 529). Der Dienst und damit das Recht auf die Heuer (Art. 531) beginnt mit der Anmusterung. Wer sich nicht freiwillig zur Anmusterung stellt, kann zum Diensteintritt gezwungen werden (Art. 532). Dem Capitän unbedingten Gehorsam schuldig, hat der Schiffsmann auch von diesem die Zahlung seines Lohns zu verlangen. Doch ist er in Hinsicht auf die Anstellung von Klagen aus Rücksichten der Disciplin, so lange das Schiff in der Fremde sich befindet, beschränkt (Art. 533—537). Besondere Berücksichtigung hat die Beendigung des Heuervertrags aus zureichenden Gründen auch schon vor der Zeit, und das Recht auf Heuer bei Unterbrechung oder Auflösung des Dienstverhältnisses erfahren (Art. 542 ff.).

In Bezug auf das Frachtgeschäft unterscheidet das Handelsgesetzbuch die Beförderung von Gütern und von Reisenden. Die Verfrachtung von Gütern findet entweder in der Weise statt, daß das ganze Schiff oder ein Theil desselben verfrachtet wird, in welchem Fall die Ausstellung einer Urkunde über den Vertrag (Chartepartie) begehrt werden kann (Art. 558), oder über Stückgüter. Zunächst besteht der Frachtvertrag zwischen dem Verfrachter und Befrachter und in dieser Hinsicht hat das Handelsgesetzbuch die beiderseitigen Rechte und Pflichten, namentlich betreffs der Einnahme der Ladung (Art. 560 ff.), der Lade= und beziehungsweise Ueberliegezeit, sowie des Liegegeldes (Art. 568 ff.), des Rücktritts des Befrachters vor Antritt der Reise gegen Zahlung

[1]) Vgl. preußisches Gesetz vom 31. März 1841; 20. März 1854; 26. März 1864.

der Fautfracht (Art. 581 ff.), der Abladung des Verfrachters sachgemäß geordnet. In Ausführung der Reise aber treten zugleich die Pflichten des Schiffers in Bezug auf die Bewahrung und die Ablieferung (Löschung) des Frachtgutes hervor (Art. 593 ff.). In der Haftbarkeit des Verfrachters für Verlust und Beschädigung (Art. 607 ff.) zeigt sich die Analogie der handelsrechtlichen Bestimmungen über das Frachtgeschäft des Land= oder Binnengewässertransports; nicht minder in der Verpflichtung des Empfängers, die Frachtkosten zu zahlen (Art. 615), wenn ihm das Gut, was jedoch der Verfrachter nur, zur Bezahlung oder Sicherstellung der darauf haftenden Beiträge zur großen Haverei u. dgl. thun darf (Art. 616), sonst aber selbst im Falle des Streites gegen Deposition der streitigen Summe thun muß (Art. 625), ausgeliefert wird. Der Verfrachter braucht nur gegen Empfang des ihm Gebührenden auszuliefern und hat wegen der Fracht und Nebengebühren, deren Umfang näher normirt ist (Art. 617 ff.), ein Pfandrecht (Art. 624). Außerdem mußte die Bedeutung der Zufälle, insofern sie möglicherweise zur völligen oder theilweisen Auflösung des Frachtvertrags führen, geregelt werden (Art. 630 ff.).

Statt des Frachtbriefs im Sinne des Binnentransportgeschäftes bedient sich der Seeverkehr des Conossements, dem dort, als eine besondere Erscheinung, der Ladeschein entspricht. Durch das Conossement, eine mit gesetzlichem Inhalt versehene, an Ordre stellbare Urkunde, welche für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Verfrachter und Empfänger allein (formell) dergestalt entscheidet, daß der Schiffer sich lediglich darnach zu richten hat, verpflichtet sich der Schiffer, die darin bezeichneten Frachtgüter an den legitimirten Inhaber gegen Rückgabe derselben auszuliefern. Indessen sind einzelne Vorbehalte und Clauseln möglich (Art. 645—661) [1]).

Sind mehrere Befrachter desselben Schiffes, so bestehen zwar zwischen diesen an sich keine Vertragsbeziehungen und das Verhältniß eines jeden zu dem Verfrachter ist ein völlig für sich bestehendes. Allein ein jeder Mitbefrachter kann den übrigen zu Schadensersatz verhaftet werden, wenn er durch schuldhaftes Verhalten, insbesondere in Uebertretung der Strafgesetze bei der Verladung, dieselben beschädigt (Art. 564); und alle stehen insofern in einer Rechtsgemeinschaft, als für sie aus dem Schicksal des gemeinsam befrachteten Schiffes möglicherweise gemeinsam zu tragende Verbindlichkeiten (Bodmerei) erwachsen.

Einige verdeutlichende Bestimmungen finden sich auch über die Beförderung der Passagiere, insbesondere gegen Auflösung des Vertrags und des Einflusses von Unfällen (Art 665). Die Gesetze über das Auswandererwesen werden dadurch nicht berührt.

Bodmerei im eigentlichen Sinne nennt das Handelsgesetzbuch jenes Darlehnsgeschäft, welches der Capitän kraft der ihm ertheilten gesetzlichen Befugniß außerhalb des Heimathshafens behufs Ausführung der Reise oder auf der Reise behufs der Erhaltung und Weiterbeförderung der Ladung unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung, oder von einem dieser Gegenstände dergestalt abschließt, daß der Gläubiger sich nach Ankunft des Schiffs an dem bestimmten Orte lediglich an die verbodmeten Gegenstände halten soll (Art. 680. 681). Ueber andere ähnliche Geschäfte, insbesondere über die uneigentliche Bodmerei, welche der Rheder aufnehmen kann (Art. 701), verfügt das Handelsgesetzbuch nichts. Der Schiffer handelt als Organ des Schiffs und seiner Ladung; nur mit der letztern hat es der Bodmereigläubiger zu thun. Ebendeshalb wird die Ausstellung eines Bodmereibriefs nothwendig, welcher alle für das Verhältniß wesent=

[1]) S. über das Conossement Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, §. 70 ff.; Endemann, Handelsrecht, §. 78, III.; Thöl, Handelsrecht, §. 80.

liche Punkte zu enthalten hat und an Ordre gestellt werden kann (Art. 683 ff.). Die Bodmereischuld, einschließlich der Bodmereiprämie (Art. 682), ist gegen den Brief in dem bestimmten Hafen an den legitimirten Inhaber des letzteren zu zahlen, widrigenfalls demselben, vorbehältlich des Vorabgangs der großen oder besonderen Haverei, die verbodmeten Gegenstände solidarisch verhaftet sind (Art. 688—692). Letztere sind von dem Schiffer, bei Meidung persönlicher Haft, der er sich auch durch Veränderungen der Bodmereireise aussetzt, zu bewahren, selbst gegen Anweisung des Rheders (Art. 693—696). Nach der Verfallzeit tritt der Verkauf von Schiff und Ladung ein, aus dem sich der Gläubiger befriedigt (Art. 697).

Das Handelsgesetzbuch ordnet ferner die Seeschäden. Es unterscheidet zunächst, abgesehen von der s. g. kleinen oder uneigentlichen Haverei (Art. 622, Abs. 2), die große und die besondere Haverei.

Zur großen Haverei gehören alle Schäden, welche behufs der Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr, sei diese Folge eines Zufalls, oder des Verschuldens Dritter oder Betheiligter dem Schiff oder der Ladung vorsätzlich von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß zugefügt werden, also insonderheit der Seewurf, Kappen der Masten u. dgl., sowie die durch solche Maßregeln etwa weiter verursachten Schäden und Kosten, von denen das Gesetz ausführliche Exemplificationen aufführt (Art. 708 ff). Alle anderen durch Unfall (nicht in Folge einer Willenshandlung) entstandenen Schäden oder Kosten sind kleine Haverei (Art. 702—704). Die besondere Haverei wird von den Schiffs- und Ladungseigenthümern von jedem allein, die große Haverei dagegen von Schiff, Fracht und Ladung gemeinsam getragen, weil die Aufwendung im Interesse des Ganzen stattfindet. Mithin muß, sofern Schiff und Ladung ganz oder theilweise gerettet sind, eine Vertheilung behufs entsprechender Beitragsleistung vorgenommen werden (Art. 705 ff.). Diese geschieht nach gesetzlich fixirten Grundsätzen für die Berechnung des Schadens und der erhaltenen Gegenstände in der Dispache, über welche die Einführungsgesetze theilweise noch genauere Instruction ertheilen (Art. 710—731). Die hiernach Vergütungsberechtigten haben lediglich ein Pfandrecht an den beitragspflichtigen Gütern, welche der Schiffer bei eigener Haft vor Zahlung oder Sicherstellung nicht ausliefern darf (Art. 733). Eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung eines weiteren Beitrags zur Deckung des Beschädigten entsteht für die Eigenthümer der beitragspflichtigen Güter gar nicht und nur in gewissem Umfange für den Erwerber derselben (Art. 727. 728).

Den Schaden aus dem Zusammenstoß von Schiffen, wenn er durch Verschulden der Schiffsbesatzung des einen herbeigeführt wurde, hat der Rheder zu ersetzen, während bei Mangel eines Verschuldens oder beiderseitigem Verschulden eine solche Haft ebenso wenig eintritt, als in dem Fall, wo das Unglück durch Verschulden eines Zwangslootsen herbeigeführt wurde (Art. 736—741). Außerdem ist der Anspruch auf Lohn wegen Bergung und Hülfeleistung in Seenoth gesetzlich näher definirt und durch ein Pfandrecht an den geborgenen Gütern, wieder, ohne daß eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung zum Vorschein kommt, gesichert worden (Art. 742—756).

Besonderer Gegenstand der Regelung sind sodann noch die Rechtsverhältnisse der Schiffsgläubiger, d. h. derjenigen, welche ein Recht der Befriedigung aus dem Werthe des Schiffes haben. Welche Gläubiger dazu gehören, ist genau aufgezählt (Art. 757). Es sind im ganzen solche, welche Aufwendungen zur Erhaltung und Rettung des Schiffs gemacht haben, oder denen aus anderen Gründen der Rheder nur mit dem der See anvertrauten Vermögen haftet. Diejenigen Gläubiger, denen etwa sonst nach bürgerlichem Recht das Schiff verpfändet worden wäre, gehören nicht hierher. Alle Schiffs-

gläubiger haben ein gesetzliches oder vertragsmäßiges (durch Verbodmung) Pfandrecht am Schiff und Zubehör, sowie an der Bruttofracht der betreffenden Reise, wegen Capital, Zinsen, Prämie und Kosten (Art. 758 ff.). Dasselbe kann ebenso gut gegen den Schiffer, wie gegen den Rheder verfolgt werden (Art. 764). Es erlischt durch Verkauf des Schiffes, insbesondere durch den im Wege der Zwangsvollstreckung veranlaßten (Art. 767). An der Fracht dauert es, so lange diese aussteht, oder in den Händen des Schiffers ist (Art. 774). Die Befriedigung der einzelnen Gläubiger erfolgt nach einer bestimmten Ordnung (Art. 770 ff.)

Endlich beschäftigt sich das Handelsgesetzbuch sehr ausführlich in einem aus sieben Abschnitten bestehenden Titel mit der Seeversicherung. Als Grundlage hat der revidirte Plan Hamburgischer Seeversicherungen, welcher die älteren Assecuranzordnungen mannichfach modificirte, gedient. Im allgemeinen sind der Verkehrsfreiheit und den gegenwärtigen Auffassungen des Assecuranzvertrags mancherlei Concessionen gemacht worden, zu denen sich die frühere Theorie nicht entschließen konnte [1]). Insonderheit gestaltet sich dadurch auch die Benutzung der Assecuranz auf diesem Gebiete viel weiter und zuverlässiger, als im Gebiete der sonstigen, zur Zeit lediglich nach gemeinem Recht zu beurtheilenden Assecuranzen. Das alles hindert jedoch nicht, daß das Gesetz nach vielen Richtungen hin Schranken zieht, um dem besorglich erscheinenden Mißbrauch vorzubeugen.

Gegenstand der Seeversicherung ist jedes schätzbare Interesse daran, daß Schiff und Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt bestehen (Art. 782). In diesem Sinne kann Schiff, Fracht, Frachtgut, Bodmerei= und Havereigeld, der von der glücklichen Ankunft erwartetete (imaginäre) Gewinn u. s. w. (Art. 783), nicht aber die Heuerforderung (Art. 784), sowohl für eigene, wie unter gewissen Cautelen auch für fremde Rechnung (Art. 785. 786), gegen möglichen zukünftigen, aber auch gegen einen bereits unmöglich gewordenen Schaden, sofern noch keine Kenntniß von der Unmöglichkeit seines Eintritts vorhanden (Art. 789), versichert werden. Als Grundregel gilt, daß der volle Werth und nur dieser versichert wird (Art. 790), wie sich in der Behandlung der unzulänglichen, der Nach= und Nebenversicherung zeigt. Uebrigens kann der Versicherungswerth auf eine feste Summe (fixirte Police), immer mit Vorbehalt der Herabsetzung bei Nachweis eines wesentlichen Minderwerths, bestimmt werden (Art. 797).

Bei Abschluß des Geschäfts ist der Versicherungsnehmer volle Treue in den erforderlichen Angaben aller Umstände schuldig (Art. 810 ff.). Gegen Auslieferung der Police zahlt er die Prämie und erwirbt damit die Rechte gegen den Versicherer (Art. 816), die jedoch durch anderweitige Anordnungen in Bezug auf die Reise, Verladung in ein anderes Schiff u. s. w. leicht alterirt werden. Jedenfalls hat er die glückliche Ankunft, wie den etwa eintretenden Unfall dem Versicherer anzuzeigen (Art. 817 ff.).

Wichtig wird in sehr vielen Streitfällen die Frage, ob das betreffende Ereigniß in den Umfang der übernommenen Gefahr fällt. Das Handelsgesetzbuch hat in dieser Hinsicht eine Reihe theils allgemeiner, theils auf einzelne Versicherungsgegenstände bezüglicher Regeln (Art. 824—857).

Tritt Totalverlust des versicherten Gegenstandes ein (Art. 858 ff.), so muß der Versicherer die volle im voraus festgesetzte Versicherungssumme zahlen (Art. 862), sofern sich nicht aus besonderen Gründen, weil etwas gerettet worden ist u. dgl., diese Verbindlichkeit modificirt. Ist das Schiff verschollen, mit Embargo belegt, von einer kriegführenden Macht aufgebracht, sonst angehalten oder durch Piraten weggenommen worden, so kann der Versicherte gegen Abtretung seiner Rechte an den versicherten Gegenständen

[1]) S. über die Quellen und die dogmatische Entwickelung, sowie die Lit. dieser Versicherung Endemann, Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 9. S. 522 ff.

Digitized by Google

(Abandon) die Versicherungssumme verlangen. Das Gesetz stellt für die Verschollenheit und die Abandonerklärung die näheren Voraussetzungen auf (Art. 865—875). Bei partiellem Schaden, welcher am Schiff selbst in den Reparaturkosten besteht, hat der Versicherer den entsprechenden Betrag für dessen Berechnung einzelne Anhaltspunkte ertheilt worden sind, zu vergüten (Art. 876—885).

Die Bezahlung des Schadens ist davon abhängig, daß dem Versicherer eine Schadensberechnung mitgetheilt, zugleich auch das Interesse des Versicherten, zumal des Versicherungsnehmers im fremden Interesse, sofern er nicht einen Auftrag zur Versicherung nachweist (887), ferner daß der versicherte Gegenstand wirklich der Seegefahr ausgesetzt worden ist, sowie der Unfall und der Umfang des Schadens belegt wird (Art. 886). Indessen hat man diese Last des Versicherten dadurch einigermaßen zu erleichtern gesucht, daß gewisse Nachweise genügen sollen (Art. 888). Auch kann im Vertrage Befreiung von dem Nachweise stipulirt werden (Art. 890). Die Zahlung erfolgt gegen die Police (Art. 892). Das Recht aus dem Versicherungsvertrag kann Dritten übertragen, die Police, die auf Ordre lautet, indossirt werden (Art. 896).

Wird die Unternehmung ganz oder theilweise aufgegeben, oder ohne Zuthun des Versicherten der Gegenstand der Versicherung der übernommenen Gefahr gar nicht ausgesetzt, so kommt es zu einer entsprechenden Rückforderung oder Einbehaltung der Prämie (Ristorno), wobei aber in der Regel eine besondere Ristornogebühr zu Gunsten des Versicherers berechnet wird (Art. 899). Zahlungsunfähigkeit des letzteren berechtigt den Versicherten, von dem Vertrag zurückzutreten oder auf Kosten des Versicherers eine andere Versicherung zu nehmen, es sei denn, daß er vorher sicher gestellt wird (Art. 903).

Schließlich sind für die Forderungen aus dem Seeverkehr im Interesse der prompten Erledigung kurze Verjährungsfristen von ein, zwei und fünf Jahren eingeführt. (Art. 906—911).

5. Das Wechselrecht.

Das Wechselrecht ist darum nicht ein Theil des Handelsrechts, weil der Wechsel nicht blos dem Handelsverkehr angehört. Nach der heutigen Bedeutung des Wechsels, der eine Jedermann zugängliche Geschäftsform darstellt, erscheint das Wechselrecht als Bestandtheil des allgemeinen Civilrechts, wird jedoch wegen seiner großen Bedeutung und wegen seiner Eigenthümlichkeiten nach Gesetz und Wissenschaft häufig als eine eigene Rechtsdisciplin betrachtet.

Der Wechsel ist ein Papier, durch welches mittelst bestimmter wechselmäßiger Erklärung der Aussteller entweder sich selbst verpflichtet (eigener oder trockener Wechsel), oder einen Andern auffordert (Tratte, trassirter oder gezogener Wechsel), eine gewisse Summe Geldes an den darin genannten Berechtigten oder dessen Nachmann zu zahlen. Jener ist ein einfacher Schuldschein in Wechselform, dieser eine Anweisung in Wechselform. Beide sind in der Regel, wenn auch nicht absolut nothwendig Ordrepapiere. Sie können, wenn ihnen nicht ausnahmsweise ausdrücklich die Eigenschaft von Rectapapieren beigelegt wird, durch Indossament (Giro) übertragen werden und sind eben durch diese leichtere und sichere Uebertragbarkeit zu einem verhältnißmäßig viel weiteren Umlauf befähigt. Die wirthschaftliche Bedeutung des Wechsels, den man im Verkehr vermöge des Credits, d. h. des Zutrauens auf die Realisirung der darin ausgedrückten Verbindlichkeit, welche durch möglichst stricte materielle und processualische Grundsätze gesichert wird, geradezu als kör=

perlichen Werthgegenstand (kaufmännisches Papiergeld) oder Waare bezeichnet, liegt eben darin, daß er die Circulation der Werthe ohne baare Mittel in größtem Umfang ermöglicht.

Die Geschichte des Wechsels [1]) kann zwar in letzter Ferne an manche Erscheinungen des römischen Rechts anknüpfen, welche wie der Wechsel Werthübertragung ohne baares Geld zum Ziele hatten. Allein der Gebrauch eines Papiers in dieser eigenthümlichen Form und mit dieser eigenthümlichen Wirkung datirt erst aus dem Mittelalter. Erst sehr allmählig hat sich der Wechsel als ein besonderes Rechtsinstitut dem Verkehrsbedürfniß entsprechend entwickelt und festgestellt; daher es denn erklärlich ist, daß die historische Bestimmung der ersten Anfänge des Wechselwesens oder die Meinungen darüber, ob gewisse ältere Schuldurkunden, welche an den Wechsel anstreifen, bereits den Namen des Wechsels verdienen, stets unsicher bleiben wird. Aus der Zersplitterung des Münzwesens unter den vielen, mit dem Recht Münzen zu schlagen, versehenen Herrschaften der Fürsten und Städte ergab sich, zumal wenn häufig genug das eigene Münzrecht zu Münzverschlechterungen mißbraucht wurde, für den steigenden Handel zuvörderst ein großes Bedürfniß des reellen Geldumtausches durch Wechsler oder Bankiers, um für irgend einen Platz das dort absolut gesetzliche oder vortheilhafteste Geld zu haben. Dabei lag nahe, die Gefahr und Schwierigkeit des reellen Transportes von Geld nach dem auswärtigen Platz, sei es, daß es für diesen bereits eingewechselt war, oder dort umgewechselt oder ausgegeben werden sollte, dadurch zu vermeiden, daß die Wechsler Briefe ertheilten, auf welche hin der Empfänger an den bestimmten Ort das dort benöthigte Geld ausgezahlt erhalten sollte. Anfänglich lauteten solche Briefe regelmäßig auf die eigenen Comtoire oder Commanditen, welche die ausstellenden Wechsler in den bedeutenderen Städten zu halten pflegten. Die ältesten Beispiele, Handels-, Studenten- und andere Wechsel, sind also den heutigen trassirt- eigenen oder domicilirten eigenen Wechseln vergleichbar.

Eine besondere Rechtfertigung aber bedurfte der Wechsel, der deshalb sich als ein ganz eigenes und in der Folge auch einer besonders wissenschaftlichen Behandlung zu unterwerfendes Institut darstellte, gegenüber dem kanonischen Wucherverbote, weil nach diesem für eine Geld- oder Creditgewähr keinerlei Vergütung sein sollte, mithin auch die Provision des Wechselausstellers eigentlich untersagt bleiben mußte. Da man aber dem Verkehr gegenüber außer Stande war, den Preis des Wechsels, auf dem das Gewerbe der Bankiers beruhte und den der Empfänger für den Vortheil des Ersparnisses der Transportirung und Zahlung reeller Münze gern entrichtete, gänzlich abzuschneiden, fand man die Erklärung darin, daß der Aussteller durch den Wechsel einen imaginären Transport des Geldes von dem Ausstellungs- zum Zahlungsorte bewirke. Ebendeshalb galt der an dem Ausstellungsort zahlbare Platzwechsel und vollends der eigene Wechsel als verschleiertes Wuchergeschäft für völlig unzulässig. Für den Distancewechsel hingegen war die Bewilligung der Möglichkeit eines Geldgewinns, der im Darlehnsgeschäfte streng verboten erschien, Grund genug, das Capital anzulocken und so dem Wechselverkehr sichtlich immer größere Ausdehnung zu verschaffen. Schon damals begann man den Wechsel zu einer stricten Verbindlichkeit auszubilden, im nahen Zusammenhang mit anderen executorischen Urkunden. Mußte man sich doch auch damals schon sagen, daß die Brauchbarkeit des Wechsels wesentlich durch die Aussicht auf schnelle und sichere Realisirung, nöthigenfalls mit Hülfe des Gerichts, bedingt sei.

Für die weiteren Schicksale wurden die seit dem 14. Jahrhundert zahlreicher vorkommenden Messen und Märkte wichtig. Dadurch war die Gelegenheit zum Zusammen-

[1]) S. darüber bes. die Uebersicht bei Kuntze, Wechselrecht, S. 29. 123; die Literatur bei Thöl, Wechselrecht, §. 142 Not. 4, darunter bes. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen.

treffen und Ausgleichen mit fremden Kaufleuten, eventuell eine schnelle Justiz unter Meß- oder Marktgerichtsbarkeit gegeben. Unter solchen Umständen ließen sich sehr wohl für eine solche Messe auch auf Dritte in Gestalt von Anweisungen Wechsel ausstellen, insofern diese auf der Messe zu treffen, gegebenen Falles gerichtlich zu belangen, oder zur Ausgleichung (Scontration) zu bringen waren. Man konnte auf solchem Wege Anweisungen auf den Schuldner in Betreff der Beträge, welche er am Meßplatz zu leisten hatte, ertheilen; man konnte aber auch einen Schritt weiter Anweisungen ertheilen, durch welche der Zahlende auf Credit, Aussicht späterer Ausgleichung, kurz auf Vorschuß zu zahlen aufgefordert wurde, die also zunächst nur den Versuch einer Zahlungsverschaffung von Seiten des Ausstellers repräsentirten. Immer deutlicher trat nun die Tratte, und in Folge davon die Präsentation, das Accept und die Protestation hervor, Institute, welche die Meßordnungen zu befestigen vielfach bestrebt waren.

Hatte sich darnach der Wechsel bereits durch den Meßverkehr bedeutend über die ursprünglich fast ausschließlich in den Händen der Bankiers befindlich gewesene Praxis hinaus ausgedehnt, so machte er sich seit dem 17. Jahrhundert auch von den Messen los. Was bis dahin auf den Messen und Märkten nur periodisch geschehen war, ließ sich leicht ständig und stetig machen. An allen größeren Plätzen entstanden Wechselordnungen, welche die vordem nur durch die Organisation der Messen gewährleisteten Einrichtungen für die Realisation des Wechsels jederzeit darboten. In diese neuere Periode fällt ferner als der allerbedeutsamste Schritt in der Laufbahn des Wechselwesens die Ausbildung des Giros oder Indossaments. Erst dadurch wurde der Wechsel einerseits leicht übertragbar, andererseits in seiner Creditfähigkeit gestärkt, und solchergestalt das negotiable, zu so vielen Functionen berufene Papier, welches er jetzt darstellt. Daneben erweiterte sich der Umkreis der Wechselfähigkeit nicht nur auf alle Handelsleute, sondern auch über den alten enger geschlossenen und selbst über den ungleich weniger geschlossenen Handelsstand der Neuzeit hinaus auf alle anderen Privaten. Endlich hatte der Bruch mit der kanonischen Wucherlehre die Folge, daß sich die innere Natur des Wechsels unbehindert durch die früher unübersteiglichen Bedenken frei entwickeln und auf diesem Wege immer entschiedener einen stricten und formalen Charakter annehmen konnte. Man durfte nunmehr die Rechtsbeständigkeit des Wechselgeschäfts nicht mehr bezweifeln; und indem dasselbe, wenngleich die Theorie fortfuhr, in ihrer Art die Vertragsqualität zu construiren, thatsächlich als reines Geldgeschäft erschien, ward die Entwickelung zu dem stricten formalen Charakter eines Literalactes immer offener ersichtlich. Mit dem Hinwegfall der kanonischen Bedenken trat nicht nur die Tratte in ihre volle natürliche Freiheit; es fiel auch jeder Grund hinweg, nun noch den Platz- und Eigenwechsel auszuschließen.

Die Quellen des Wechselrechts sind für die älteste Periode ausschließlich die Handelsgewohnheiten, welche sich allenfalls in einzelnen Statuten ausprägen. Dann folgt die Periode der Meßordnungen, denen natürlich wiederum die praktische Uebung der Kaufleute zu Grunde liegt. In diese Zeit fallen auch die ersten wissenschaftlichen Sonderdarstellungen des Wechselrechts, hauptsächlich um der kanonischen Justification willen unternommen (Laurentius de Rudolfis, Thomas de Vio u. A., besonders aber Scaccia und Raphael de Turri). Hieran schließt sich die Zeit der Wechselordnungen zunächst einzelner Städte, später auch ganzer Provinzen und Staatsterritorien [1]), indem auch auf diesem Gebiete allmählig die Legislation von der Staatsgewalt ergriffen wurde. Eine reiche Literatur läßt sich, wie für alle an dem Wechselverkehr betheiligten Länder, so auch für Deutschland aufzählen [2]).

---

[1]) Thöl, §. 144.

[2]) S. über die Literatur Thöl, §. 147; Kuntze, §. 3; Renaud, Lehrbuch d. W. R. §. 8.

Endlich ist das deutsche Wechselrecht aus der territorialen Zersplitterung herausgehoben und in umfassender Weise umgestaltet worden durch die deutsche Wechselordnung, welche eine vielfach ganz neue Basis des Rechtszustandes bildet. Nach mancherlei vergeblichen Versuchen wurde im Jahre 1847 auf Beschluß des Bundestags von einer Commission zu Leipzig ein Entwurf angefertigt, welcher 1848 von dem Parlament angenommen, in einigen deutschen Staaten als Reichsgesetz, nach und nach in den meisten als Landesgesetz publicirt wurde [1]). Die Wechselordnung galt mithin zwar factisch (bis auf Limburg=Luxemburg) in ganz Deutschland, aber nur vermöge particularrechtlicher Sanction.

Zur Vervollständigung und Erläuterung des positiven Wechselrechts wurden sodann in Folge Bundesbeschlusses 1857 von der Handelsrechtscommission die sog. Nürnberger Novellen abgefaßt und seit 1858, beziehungsweise 1860 in den einzelnen Staaten eingeführt [2]).

Jetzt ist die Wechselordnung sammt den Novellen für das Gebiet des Norddeutschen Bundes von dem 1. Januar 1870 an als Bundesgesetz eingeführt worden.

Die Literatur des neuesten deutschen Wechselrechts besteht theils aus systematischen Lehrbüchern, unter denen besonders die von Renaud, Kuntze und Thöl, theils aus Commentaren, unter denen die von Brauer, Hoffmann, Volkmar und Löwy, sowie besonders Borchardt zu nennen sind. Außerdem verdienen die Sammlungen von Präjudicien und Abhandlungen, mit denen sich zugleich auch die handelsrechtlichen Zeitschriften, namentlich das Archiv für Wechsel=, jetzt für Handels= und Wechselrecht von Siebenhaar und Tauchnitz, beschäftigen, Erwähnung [3]).

In Bezug auf die rechtliche Natur des Wechsels herrscht unter den Gelehrten noch immer große Verschiedenheit der Ansichten, die jedoch seitdem das Meiste durch die positive Gesetzgebung fest geordnet ist, mehr die innere Erklärung, als die praktischen Folgerungen betrifft. Für die ältere Theorie lag, wie bereits oben bemerkt, die Schwierigkeit darin, der Wucherlehre gegenüber einen annehmbaren Vertragstitel für das cambium zu finden. Obwohl nun später dieser Grund, der zu den künstlichsten scholastischen Wendungen genöthigt hatte, hinwegfiel, hielt es doch ihrem ganzen Geiste entsprechend die Jurisprudenz für erforderlich, den Wechsel lediglich aus den anerkannten Rubriken des gemeinen Civilrechts heraus zu erklären. Darnach galt der Wechsel bald als Innominat=, bald als Literalvertrag, wobei aber stets die Rücksicht auf den Schuldgrund viele Schwierigkeiten bereitete, und die einzelnen Erscheinungen wurden in gezwungener Weise als Cessionen oder Mandate aufgefaßt u. dgl. mehr. Noch immer gibt es selbst Vertreter dieser Richtung, auch solche, welche den Wechsel nur als Beweisurkunde ansehen und die einzelnen Beziehungen des Wechsels mit dem Namen eines pactum de cambiando, acceptando u. s. w., eines Kaufs, mandatum alieni gratia u. dgl. darlegen zu können glauben. Andere erkennen in dem Wechsel nach dem Vorgange von Thöl ein Summenversprechen, ohne daß jedoch mit dem Charakter der Formalobligation, welche erst die Folge eines bestehenden Wechsels ausdrückt, die Entstehung der objectiven Natur desselben erklärt wäre. Von ganz anderer Seite her, unzweifelhaft nach den realen Verkehrsanschauungen mit großem Recht, griff Einert die Construction des Wechsels an, indem er ihn als kaufmännisches Papiergeld behandelte, mithin den Ausstellungsact betonte. Ihm folgen Manche geradezu, Manche (wie Liebe, indem er den Wechsel als Formalakt defi=

[1]) S. über über die Einführung Renaud, §. 5; Thöl, §. 152; über die Entstehung §. 148 ff.; Kuntze, §. 8; auch Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. § 16.

[2]) Thöl, §. 153 a E.; vgl. Zeitschrift für Handelsrecht, VIII. S. 668; XI. S. 523 ff.

[3]) S. die Zusammenstellung bei Thöl, §. 155; Kuntze, S. 21; Renaud, §. 8.

nirt) nähern sich wenigstens bedeutend, oder suchen zu vermitteln, indem sie zwar den Creationsact betonen, aber im übrigen die Wirkungen nach der hergebrachten Theorie des Obligationenrechts zu definiren suchen. Einige dagegen bezeichnen den Wechsel sogar als ein Subject, was freilich nur ein anderer Ausdruck für die ganz richtige Vorstellung ist, daß der Wechsel von der Enge der subjectiven Beziehungen einer Obligation, wie sie der Schulbegriff des gemeinen (römischen) Rechts aufrecht erhält, losgelöst erscheint und zum körperlichen Träger einer bestehenden Realisirungs-Verbindlichkeit, oder, was dasselbe, vermöge des Credits zu einem Werthträger, zu einer Werthsache wird. Davon ist in der That auszugehen, daß der Wechsel als ein körperliches Werthobject behandelt werden muß, welches die Leistung, auf die er lautet, zwar noch nicht reell, aber crediteweise und um so gewisser, je strenger die Verbindlichkeit, in sich enthält, und daß der Aussteller durch den Ausstellungsact ein solches Werthpapier erschafft, für dessen Credit er einzustehen hat, sobald dasselbe in Lauf gesetzt wird. Die obligatorischen Beziehungen, welche in den Schicksalen des Wechsels, wo es sich um die Realisirung handelt, hervortreten, sind nicht selbst das innerste Wesen des Wechsels, sondern erst die Folgen der angedeuteten sachlichen Qualität desselben [1]).

Indem der Credit und folglich die Circulationsfähigkeit des Wechsels von der zuverlässigen Erwartung der Realisirung abhängt, hat das Recht von frühe an sich bemüht, die etwa nöthig werdende Execution thunlichst zu sichern (s. g. Wechselstrenge) [2]) Die Wechselordnung Art. 2 gab sowohl Vermögensexecution als auch Personalhaft, beides selbst nebeneinander nach der Nürnberger Novelle 1. Seitdem ist jedoch durch Bundesgesetz die Personalhaft als Executionsmittel mit der ausgesprochenen Tendenz, durch Versagung desselben gesundere Creditverhältnisse zu erzielen, aufgehoben worden. Mithin kommen auch die seither bestandenen Privilegien mancher Personen und Klassen, vermöge deren sie dem Wechselarrest nicht unterworfen werden durften (Art. 2, Nov. 2), nicht mehr in Betracht.

Wechselfähig [3]), d. h. fähig, eine Wechselschuld in dieser oder jener Gestalt auf sich zu nehmen, ist jetzt, anders als im älteren Rechte, jede im Sinne des bürgerlichen Rechts vertragsfähige Person (Art. 1). Die Folgen etwaiger Unfähigkeit einer an dem Wechsel betheiligten Person gehen zunächst nur das Wechselrecht an, schließen also nicht aus, daß dieselbe Person, wenngleich nicht wechselmäßig, doch nach gewöhnlichem Civilrecht obligirt bleibt. Sie berühren ferner die Verbindlichkeiten anderer an dem Wechsel Betheiligten durchaus nicht (Art. 3), treffen vielmehr in strenger subjectiver Beschränkung nur die Wirksamkeit des Wechsels in Bezug auf die wechselfähige Person. Ausländer werden nach ihrem Recht beurtheilt, verpflichten sich aber durch in unserem Inland übernommene Wechselverbindlichkeiten, wenn sie nur nach unserem Gesetz wechselfähig sind (Art. 84).

Eine Uebersicht der an den Wechsel sich anknüpfenden rechtlichen Verhältnisse wird am besten erlangt, wenn man den Lauf des Wechsels von seiner Entstehung bis zu seinem Ende verfolgt.

I. Der Wechsel entsteht durch Ausstellung, und zwar in einer genau bestimmten schriftlichen Form, deren Ergreifung eben als Kennzeichen des ernstlichen Verpflichtungswillens dient, die aber dem Verkehr keinen Zwang anthut, weil der Wechsel nicht für gewisse Fälle oder Verträge absolut vorgeschrieben ist, sondern als generelle und formelle Art der Willenserklärung zwar überall, gleichviel, was der Grund unterliegender Verhältnisse sein mag, gewählt werden kann, aber nirgends rechtlich nothwendig, um überhaupt eine Verbindlichkeit zu begründen, gewählt werden muß.

[1]) S. über das Dogmatische Kuntze, S. 42. 276.
[2]) Renaud, §. 21; Thöl, §. 157 ff.
[3]) Renaud, §. 22; Kuntze, S. 76; Thöl, §. 162.

Die Wechselordnung stellt zunächst die Formerfordernisse der Tratte [1]) zusammen (Art. 4): Bezeichnung als Wechsel; Angabe der Geldsumme (vgl. Art. 5), welche nur eine einheitliche sein kann (Ausschluß des Zinswechsels, Novelle 4), während der Hypothekenwechsel nicht verboten, aber sehr unüblich ist; die Person (Remittent) dessen, an den gezahlt werden soll (Wechsel au porteur gibt es nicht); die Zahlzeit, nach der mehrere Unterarten von Wechseln gemacht zu werden pflegen; die Unterschrift des Ausstellers (Trassanten), Unterkreuzung u. dgl. muß notariell beglaubigt werden (Art. 94) und Unterschrift durch einen Andern wird in Art. 95 geregelt; Ort, wonach die Gültigkeit beurtheilt wird (Art. 85), und Zeit der Ausstellung; der Name dessen, der zahlen soll (Trassat); Zahlungsort, der, wenn er ein anderer, als der Wohnort des Trassaten ist, den Begriff des domicilirten Wechsels hervorruft (Art. 24) und der jetzt auch derselbe sein kann (Platzwechsel), wo der Wechsel ausgestellt wird. Dazu kommt leicht noch diese oder jene nicht nothwendige, aber häufig übliche Clausel als accidentieller Inhalt [2]). Uebrigens kann auch die Zahl der an sich für den Begriff der Tratte erforderlichen drei Personen, theils vermehrt, theils vermindert erscheinen. Die Commissionstratte führt außer dem Namen des Trassanten allenfalls noch den seines Committenten in den Wechselinhalt, ohne jedoch sonst dessen Wirkung zu berühren. In der Tratte an eigene Ordre sind Aussteller und Remittent, in dem trassirt-eigenen Wechsel (Eigenwechsel in Trattenform) Trassant und Acceptant identisch. Beide sind gesetzlich anerkannt (Art. 6).

Der eigene Wechsel [3]), den die Wechselordnung förmlich recipirt hat (Art. 96), bedarf nur der Bezeichnung als Wechsel, der Geldsumme, des Ausstellers, der Zahlungszeit, alles wie bei der Tratte. Auch kann er domicilirt, d. h. mit einem besonderen Zahlungsort (Art. 99) versehen werden.

Ausländische Wechsel werden in Betreff der Form nach dem Rechte des Ausstellungsortes beurtheilt, allein sie gelten, wie die zwischen Inländern im Auslande geschehenen Wechselacte, im Inlande, wenn sie dessen Erfordernisse entsprechen (Art. 85).

In der Auslegung der wesentlichen Formerforderniſſe, die immerhin zu einer reichen Casuistik Anlaß geben, sind dem Richterermessen die engsten Grenzen gezogen. Jeder Mangel an den objectiven Essentialien macht das betreffende Papier überhaupt unfähig, als Wechsel zu fungiren (Art. 7), wenn auch dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß es immer noch als gewöhnliche Schuldurkunde wirksam sein mag. Die Verfälschung einer wechselmäßigen Unterschrift beeinträchtigt aber die Schuldigkeit der sonst vorhandenen echten in keiner Weise (Art. 75. 76; Kellerwechsel). Der formell-äußerlich richtige Wechsel gilt, quia ita scriptum est, als Willenserklärung des Inhalts. Indessen ist es eine offene, auch von der Wechselordnung nicht beantwortete Frage, welche Bedeutung bei echter Unterschrift einer nachweisbaren Verfälschung des Inhalts zukommt und ob der Einwand des Ausstellers, daß er den Inhalt trotz seiner Unterschrift nicht gewollt habe, wie das namentlich bei Unterzeichnung eines Blanketts der Fall sein kann, zu hören sei [4]).

Jeder gezogene Wechsel kann und muß sogar auf Verlangen des Remittenten oder eines Indossatars, also von Haus aus, oder erst später, vervielfältigt werden. In solchem Fall gibt es eine Prima-, Secunda- u. s. w. Ausfertigung. Die Wechselordnung besagt, wie damit zu verfahren sei (Art. 66 ff.). Eine jede der Ausfertigungen wird ein eigener Wechsel, und als solcher ihrer eigenen Circulation, des Indossamentes, Acceptes u. s. w. fähig; allein durch Bezahlung der einen wird der objective Bestand, auf dem alle ruhen, zu

[1]) Kuntze, §. 27; Thöl, §. 165 ff.
[2]) Volkmar und Löwy, S. 40. Borchardt zu Art. 4 a. Schl.
[3]) Thöl, §. 288 ff.; Kuntze, §. 55.
[4]) Vgl. über Wechselfälschung Thöl, §. 304 ff.

Gunsten des Ausstellers aufgehoben (Correalität). Denn nach der Absicht der Exemplification sollte insofern doch nur Ein Wechsel vorhanden sein. Dagegen bleiben die Indossamente und weiteren Schicksale der einzelnen Exemplare völlig selbstständig (Art. 67) [1]).

Es kommen ferner auch Copien des Wechsels vor, von denen eine jede wiederum für die darauf kommenden Indossamente als Original gilt (Art. 70—72) [2]).

Für den Aussteller, d. h. für denjenigen, welcher den Wechsel als solchen unterschreibt sowie für denjenigen, welcher mitunterschreibt, für den letzteren selbst dann, wenn er sich nur als Bürge (per Aval) bezeichnet (Art 81) [3]), hat der Ausstellungsact die Bedeutung, daß er damit die Willenserklärung abgibt, für die Realisirung des Papiers einstehen zu wollen. Seine Erklärung bindet als Ausfluß des ernstlichen, in der Wechselform ausgedrückten und jedenfalls durch das Bewußtsein der Verantwortlichkeit getragenen Willens. Aus welchen Motiven die Willenserklärung hervorgeht, ob völlig spontan, oder in Folge übernommener Verpflichtung (pactum de cambiando, worüber mitunter ein Interimsschein oder Interimswechsel ausgefertigt wird), ob aus der Absicht, dadurch eine Schuld zu lösen, oder eine Forderung zu begründen, ob aus Rücksicht für die eine oder für die andere Person, ist bei dem heutzutage anerkannten formalen Charakter des Wechsels, auf dem seine Brauchbarkeit für alle mögliche Zwecke beruht, gleichgültig. Ebenso gleichgültig erscheint es, ob und welche Gegenleistung (Baluta) der Aussteller empfängt. Der Wechsel hat zugleich eine streng einseitig verpflichtende Natur. Man muß also das aus dem Wechsel als Literalact entspringende äußere Verhältniß vollständig von dem inneren Rechtsverhältniß zwischen den betheiligten Personen trennen. Der einzige Grund des Wechsels ist der darin sich kundgebende Wille, die Credithaft für dieses Papier zu übernehmen.

Diese Willenserklärung erzeugt freilich noch keine rechtlich greifbare Berechtigung eines Andern, so lange der Wechsel in der Hand des Ausstellers bleibt. Allein ihre Bedeutung ist die, daß sie wirksam wird, sobald der Wechsel in Lauf kommt. Dies geschieht entweder dadurch, daß der Aussteller den Wechsel in der Absicht, ihn in Lauf zu setzen, einem Andern begibt, oder, und darin zeigt sich eben die Verantwortlichkeit der Creation, dadurch, daß der Wechsel aus seinem eigenen Gewahrsam oder aus dem des Dritten, welchem er keineswegs in der Absicht, ihn circuliren zu lassen, sondern, vielleicht umgekehrt, um ihn zu bewahren, übergeben wurde, ohne oder gegen den Willen des Ausstellers in Circulation geräth. Denn in dem letzteren Fall ist der Aussteller nur in beschränktem Umfang, gegen Abhandenkommen (Art. 73. 74) und allenfalls dem bösgläubigen Inhaber gegenüber geschützt. Im übrigen hat er die Gefahren und Folgen seiner Ausstellung eines solchen Werthpapiers, von dem er sich sagen muß, daß es selbst ohne seinen Willen in Lauf kommen kann, und das daher vorsichtigerweise, womöglich erst dann, wenn es in Lauf kommen soll, fertig ausgestellt wird, zu tragen [4]).

II. Aus der Begebung an eine andere Person entspringt die Möglichkeit, daß der Wechsel unabhängig von dem Aussteller weiteren Schicksalen entgegengeht und daß der Aussteller in die Lage versetzt wird, denselben realisiren zu müssen. Die Begebung ist zunächst der thatsächliche Vorgang der Besitzübertragung, durch welchen der fertige Wechsel in fremde Hand gelangt. Die Bedeutung dieses Vorgangs kann, abgesehen von der vorerwähnten Verantwortlichkeit des Begebenden, welche dahin führt, daß er, weil er einen Wechsel aus der Hand und damit der Circulation preisgegeben hat, späteren Erwerbern für

[1]) Kuntze, §. 45; Thöl, §. 300; Renaud, §. 18.
[2]) Kuntze, §. 46; Thöl, §. 303.
[3]) Thöl, §, 280; Renaud, §. 75.
[4]) Vgl. über die juristischen Ansichten bezüglich des „Creationsactes" Kuntze, S. 293.

die Realisirung einstehen muß, auch wenn es gar nicht sein Wille war, den Wechsel in Circulation zu setzen, im Verhältniß zu dem Nehmer eine sehr verschiedene sein. Es kann Kauf, Darlehn, Aufbewahrung, Mandat, Zahlungsempfang u. s. w. der Wechselbegebung zu Grunde liegen. Darnach bestimmen sich die inneren Rechtsbeziehungen zwischen Geber und Nehmer des Wechsels. Nach außen aber hat der Begebungsact insofern einen rein formalen Charakter, als er, völlig unabhängig von der inneren causa der Uebertragung dem Publikum gegenüber den Nehmer zum legitimirten und somit dispositionsfähigen Inhaber des Wechsels macht. Man braucht nicht einmal eine Präsumtion zu unterstellen daß jede Begebung im Zweifel aus der Absicht, daß der Nehmer den Wechsel für sich gebrauchen soll, hervorgehe. Es genügt der Hinweis darauf, daß der Begeber des Wechsels weiß und wissen muß, daß er den Nehmer in die Möglichkeit versetzt, über den Wechsel zu disponiren. Durch die formell=äußerlich berechtigte Innehabung wird aber der Empfänger (Adressat) des eigenen Wechsels, wie der Tratte (Remittent) jedenfalls nach außen hin der vollständig legitimirte Vertreter und Ausübungsberechtigte des Wechsels.

Indem durch die Begebung in diesem Sinne die in der Ausstellung bereits für solchen Fall enthaltene Willenserklärung in praktische Geltung tritt, haftet demnach nunmehr der Aussteller dem Nehmer und eventuell allen durch Indossament berechtigten Nachfolgern bei dem eigenen Wechsel unmittelbar für Zahlung, die er selber zu leisten hat, bei der Tratte dafür, daß dieselbe von dem Trassaten acceptirt und bezahlt werden wird (Art. 8). Diese Haft ist Folge der aus der Ausstellung fließenden Creditgarantie für das Werthpapier, welche schon in dem Ausstellungsacte allen künftig berechtigten Inhabern gegenüber erklärt worden ist und durch doctrinelle Zweifel über die Möglichkeit einer obligirenden Erklärung ohne bestimmte Individualisirung der dadurch zu berechtigenden Personen nicht gestört werden kann [1]).

III. Von dem ersten Nehmer aus kann der Wechsel, der so lange als Ordrepapier erscheint, als ihm nicht ausdrücklich diese Eigenschaft entzogen wird (Art. 9. 98, N. 2) durch Indossament oder Giro weiter übertragen werden [2]). Das Giro ist eine schriftliche Erklärung auf dem Original, dem Duplicat oder der Copie des Wechsels, beziehungsweise auf dessen Allonge. Eine besondere Form ist nicht erforderlich; es genügt sogar schon Blankoindossament (Art. 11—13). Das Indossament ist an sich die Erklärung des Indossanten, durch welche, weil der Indossant diese Form gewählt hat, der Indossatar legitimirt wird, den Wechsel nach allen Seiten hin zu gebrauchen (Art. 10). Seine Wirkung erklärt sich wiederum aus dem durch die stricte Form kund gegebenen obligatorischen Willen, ohne daß es der vielfachen Bedenken der Theorie bedarf. Der Indossant haftet dem Indossatar und allen denen, welchen durch weiteres Indossament der Wechsel übertragen wird, wechselmäßig für Acceptation und Zahlung, wie der erste Aussteller dem ersten Wechselnehmer. Das Indossament ist also gleichsam eine neue Ausstellung des Wechsels. Es ist nicht blos Ausdruck der Absicht, das Wechselrecht übertragen zu wollen (Cession), sondern zugleich eine weitere Creditgarantie des Wechsels, indem der Indossant aus dieser seiner Erklärung dem Indossatar und allen ferneren Nehmern für die Realisirung des Wechsels einsteht. Diese Creditgarantie ist an sich durch den in der Form des Giro's erklärten Willen vorhanden, wird aber zu einer rechtlich greifbaren Verbindlichkeit erst durch hinzutretende reelle Uebertragung des Papiers, wie dies bei der ursprünglichen Ausstellung der Fall. Der Indossatar tritt vollständig in diejenige Lage des Wechsels und seiner Rechtsbeziehungen ein, wie sie zur Zeit des Indossamentes be-

[1]) Zur Construction des „Begebungsvertrags" s. Thöl, §. 288 ff.
[2]) S. über die Entwickelung und Literatur Kuntze, S. 178 ff.; über die herrschende Lehre Renaud, §. 47; Thöl, §, 244 ff.

steht; so namentlich auch in die Rechte aus dem bereits erfolgten Accept (Art. 16). Auch das Indossament ist purer Formalact, der die verschiedenste Ursache und Bedeutung nach innen haben kann, während er nach außen ebenso absolut wirkt, d. h. eine formelle Legitimation zur Geltendmachung und Benutzung des Wechsels verleiht, wie die Ausstellung. Das innere Verhältniß des Indossanten zum Indossatar ist daher wieder völlig zu trennen.

Das Indossament kann übrigens durch mancherlei Zusätze modificirt werden. Durch den Zusatz „ohne Obligo" lehnt der Indossant die Gewähr ab (Art. 14), durch den Zusatz „nicht an Ordre" (Rectaindossament) wird der Indossatar gehindert, weiter zu indossiren (Art. 15), durch den Zusatz „zur Einkassirung" oder „in Procura" u. dgl. gibt der Indossant zu erkennen, daß der Indossatar nicht Eigenthümer des Wechsels werden, sondern nur als Vertreter die Rechte ausüben soll (Art. 17). Rückindossament ist dasjenige, welches auf den ersten Aussteller, oder auf einen früheren Indossanten lautet. Ebenso gut kann es auf den Trassanten oder Acceptanten lauten (Art. 10). Die Folgen des Zusammentreffens von Berechtigung und Verbindlichkeit ergeben sich in jedem einzelnen Fall.

IV. Für die Realisirung des Wechsels gilt es zunächst die Annahme (Accept) zu erlangen. Der Wechsel wird zur Annahme präsentirt [1]). Eine solche Präsentation ist bei Verlust des Regresses gegen die Vormänner nothwendig bei allen Wechseln auf eine gewisse Zeit nach Sicht, um den Zeitpunkt des Verfalls zu fixiren (Art. 19). Sie ist ferner nothwendig, wenn der Aussteller eines Domicilwechsels dies vorgeschrieben hat (Art. 24, Abs. 2). Sonst ist jeder Inhaber eines Wechsels, auch der des eigenen, wiewohl bei diesem dazu außer den eben berührten Fällen keine Veranlassung, namentlich aber der des trassirten berechtigt, zur Annahme zu präsentiren; und zwar in der Regel sofort, was jedoch bei einigen Wechselarten eine Modification erleiden kann (Art. 18. 19, Nov. 5), und am gehörigen Orte (Art. 91).

Die Annahmeerklärung (Accept) [2]) geschieht schriftlich, schon durch bloße Namensunterschrift auf der Vorderseite des Wechsels, auf die ganze Summe oder auf einen limitirten Betrag. Andere Einschränkungen gelten als Verweigerung der Annahme, jedoch so, daß der Acceptant aus dem Inhalte seines Accepts verhaftet bleibt (Art. 21. 22). Bei dem eigenen Wechsel ist das Accept nur eine Wiederholung des Zahlungsversprechens des Ausstellers, bei der Tratte dagegen die unwiderrufliche (Art. 21, Abs 3) Erklärung des Trassaten gegenüber dem Wechselinhaber, mit dem er bis dahin in gar keiner Beziehung stand, zahlen, sowie gegenüber dem Trassanten, wenn dies nicht schon früher geschehen, dessen Anweisung Folge geben zu wollen. Beide Verpflichtungen des Acceptanten gehen nach Wechselrecht, ohne daß dieser darum Wechselrecht gegen den Trassanten erwirbt (Art. 23). Auch das Accept ist rein formell verbindende Willenserklärung, deren Wirksamkeit von dem Motiv oder dem inneren Rechtsgrund unabhängig erscheint. Aus der Annahme folgt zugleich die Befugniß des Wechselinhabers oder Besitzers, unter gewissen Voraussetzungen Sicherheit für die Zahlung zu fordern (Art. 29, Nov. 6), beziehungsweise im Falle der Verweigerung der Sicherheit seitens des Acceptanten Securitätsprotest aufnehmen zu lassen, auf welchen hin die Vormänner wegen Cautionsbestellung in Anspruch genommen werden können.

Die Verweigerung des Acceptes führt zur Aufnahme des Protestes mangels Annahme, welche durch einen Notar in bestimmter Weise geschehen und in be-

[1]) Kuntze, §. 33; Renaud, §. 33; Thöl, §. 213.
[2]) Kuntze, §. 34; Renaud, §. 34; Thöl, §. 211 ff.

stimmter Form urkundlich gemacht werden muß (Art. 87—90) [1]). Aus der festgestellten Weigerung sind die Indossanten und die Aussteller dem Wechselinhaber verpflichtet, — jedoch nur gegen Aushändigung der Protesturkunde, welche also nothwendige Voraussetzung ist, — wegen der verweigerten Wechselsumme und der durch die Nichtannahme entstandenen Kosten durch gerichtliche Deposition oder in anderer Weise Sicherheit zu leisten (Art. 25). Darauf geht die Regreßklage mangels Annahme [2]), welche beliebig gegen jeden der mehreren Vormänner (per saltum) gerichtet werden kann (Art. 26). Die bestellte Caution haftet nicht blos dem Regreßnehmer, sondern auch allen Nachmännern desselben (Art. 27). Sie ist zurückzugeben, wenn Annahme oder Zahlung des Wechsels erfolgt, wenn die Wechselklage erloschen oder ein Jahr nach dem Verfall ohne Klageerhebung verflossen ist (Art. 28).

Den Folgen der Annahmeverweigerung kann dadurch vorgebeugt werden, daß ein Dritter seine Ehrenannahme (Intervention) erklärt [3]). Diese geschieht entweder aus eigenem Entschluß, und eine solche braucht der Wechselinhaber, wenn er nicht will, nicht zuzulassen, oder in Folge einer dem Wechsel einverleibten Nothadresse [4]), welche der Wechselinhaber respectiren muß. Da der letztere nur ein Interesse daran hat, daß acceptirt wird, so kann die Ehrenannahme beliebig zu Ehren dieses oder jenes Vormannes erfolgen. Bis zu diesem hin wird durch sie der Wechsel acceptirt, also der Anlaß zu Sicherheitsregreß beseitigt. Der Intervenient haftet aus der Ehrenannahme für Zahlung, jedoch nur bis zu Präsentation am zweiten Werktag nach dem Zahlungstag des Wechsels. Welches Rechtsverhältniß zwischen dem Intervenienten und dem Honoraten besteht oder entsteht, ist für den Wechsel gleichgültig; indessen muß ersterer bei Haft für allen Schaden den letzteren in bestimmter Form benachrichtigen (Art. 56—61). Aus dem Ehrenaccept entspringt, wenn es nicht zur Zahlung führt, ein Anspruch auf Provision (Art. 65).

Zur Zahlung verpflichtet ist nur der Aussteller des eigenen Wechsels und der Acceptant, sei dieser der Trassat, oder ein Dritter (als Ehrenacceptant). Ebendeshalb, weil der Trassat von Haus aus dazu nicht verpflichtet ist, versucht die Präsentation zur Annahme, eine Verpflichtung (Accept) zu erzielen. Ohne Annahme kann der Wechselinhaber den Trassaten zur Zahlung nur auffordern, nicht zwingen. Die Zahlung muß, wenn sie als solche gelten soll, in gehöriger Weise (über die Münze s. Art. 37, über Theilzahlung Art. 38) zur Verfallzeit, für deren Berechnung mit Abschaffung der früher üblichen Respecttage das Gesetz mehrfache Bestimmungen trifft (Art. 30—35. 92. 93), und an dem gehörigen Orte (Art. 43. 99) geschehen [5]).

Um zur Zahlung des Wechsels zu gelangen, findet die Präsentation zur Zahlung statt [6]). Zu einer solchen Aufforderung berechtigt ist der legitimirte Inhaber des Wechsels. Das ist entweder der erste Empfänger des eigenen, wie des trassirten Wechsels (Remittent), oder derjenige, auf welchen durch Indossament (auch in blanco), beziehungsweise durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten, in welcher ausgestrichene Giro's für nicht vorhanden gelten, das Wechselrecht sammt dem Wechsel selbst übertragen worden ist (Art. 36). Der Wechselinhaber muß aber auch präsentiren, insofern durch die Präsentation und den Protest seine eventuellen Regreßansprüche bedingt sind. Solches ist nicht nur bei manchen besonderen Unterarten in der Weise der Fall, daß eine gewisse Frist einzuhalten ist (Art. 31), sondern auch bei allen trassirten Wech-

[1]) Thöl, §. 225, 239; Kuntze, §. 52; Renaud, §. 27.
[2]) Kuntze, §. 36; Renaud, §. 82; Thöl, §. 240.
[3]) Kuntze, §. 43; Renaud, §. 71; Thöl, §. 267.
[4]) Renaud, §. 66 ff.; Kuntze, S. 105; Thöl, §. 267 ff.
[5]) Kuntze, §. 38; Renaud, §. 60; Thöl, §. 203 ff.
[6]) Thöl, §. 205; Kuntze, §. 39.

seln, da der Regreß gegen den Aussteller von dem Protest mangels Zahlung abhängt (Art. 40 N. 1), und bei allen acceptirten, insofern der Acceptant sonst nach Ablauf der Protestzeit, um sich seiner Verpflichtung zu entledigen, auf Gefahr und Kosten des Wechselinhabers deponiren kann (Art. 40). Gar nicht verpflichtet zur Präsentation ist der Inhaber eines nicht domicilirten eigenen Wechsels (Nov. 8).

Der Bezogene braucht die Echtheit der Indossamente nicht zu prüfen, sondern nur die äußere Form und Kette (Art. 36 Abs. 3); vorausgesetzt, daß nicht ein Verschulden oder gar Kenntniß der Unechtheit vorliegt. Die Zahlung selbst braucht nur zu erfolgen gegen das Wechselpapier, und zwar seitens des Acceptanten gegen das acceptirte Exemplar, während der Trassat oder der Aussteller, der nicht zugleich Acceptant ist, bei mehreren Exemplaren gegen ein jedes mit der Wirkung, daß alle erlöschen, zahlen kann. Bei voller Zahlung erfolgt die Aushändigung des Wechsels, bei Theilzahlung darf der Zahlende Notiz auf dem Wechsel und Quittung auf einer Abschrift desselben fordern (Art. 39). Oft kommt als einstweiliges Surrogat der Zahlung Prolongation vor. Einer derartigen Uebereinkunft, durch welche der Inhaber Credit gewährt, steht nichts entgegen. Aber sie ist an sich ohne Einfluß auf die Verjährung der Wechselklage gegen den Acceptanten (nach Art. 77).

Verweigerung der Zahlung hat zur Folge, daß der Wechselinhaber eines acceptirten Wechsels gegen den Acceptanten (Art. 33. 44) und der eines eigenen Wechsels gegen den Aussteller (Nov. 8) alsbald die Wechselklage auf Zahlung anzustellen berechtigt ist. Insofern aber der Inhaber eines trassirten Wechsels in die Lage kommt, gegen einen Indossanten oder gegen den Aussteller Regreß zu nehmen, muß er Protest mangels Zahlung erheben (Art. 41, Nr. 2); eine Verpflichtung, die jedoch (nicht aber die Präsentation) unter Umständen erlassen werden kann (Art. 42). Der Protest muß am Verfalltage, oder spätestens am zweiten Werktage nachher, am gehörigen Orte, was namentlich für Domicilwechsel wichtig wird (Art. 43), und in gehöriger Form, welche dieselbe ist, wie bei dem Protest mangels Annahme (Art. 87 ff.), aufgenommen werden [1]. Auch hier verhilft möglicherweise die Intervention eines Dritten, Ehrenzahlung [2], zur Realisirung und erspart dem Wechselinhaber die Folgen der Zahlungsweigerung. Diese kann von Seiten eines Dritten geschehen, welcher als Nothadressat oder Ehrenacceptant auf dem Wechsel steht. Einem solchen muß der Wechselinhaber zur Zahlung präsentiren und von ihm Zahlung annehmen. Die freiwillig gebrachte Zahlung muß der Inhaber aber auch von jedem andern fremden Intervenienten annehmen (Art. 62). Der Ehrenzahler hat Aushändigung des Wechsels sammt Protest gegen Erstattung der Kosten zu verlangen und tritt ganz an die Stelle dessen, zu dessen Gunsten, und das kann irgend einer der Wechselverpflichteten sein, er den Wechsel honorirt (Art. 63). Eigene Fürsorge ist für den Fall getroffen, wo mehrere Intervenienten auftreten (Art. 64).

V. Wird die Zahlung des Wechsels von dem Acceptanten, Trassaten, Domiciliaten oder (bei eigenem Wechsel) von dem Aussteller verweigert, so ist der Inhaber desselben berechtigt, gegen alle Wechselverpflichtete, oder gegen irgend einen von ihnen die Wechselklage zu erheben, beziehungsweise Regreß mangels Zahlung zu nehmen [3]; bei indossirten Wechseln namentlich auch gegen alle Indossanten (Art. 49. 98, N. 6). Voraussetzung ist die Präsentation und Protesterhebung, deren bereits gedacht wurde. Daneben soll aber der Regreßnehmer bei Meidung des Schadensersatzes und unter dem Nachtheil, daß sonst der Regreß sich auf die blanke Wechselsumme ohne Zinsen und Kosten beschränkt, seinen

[1]) Kunze, §. 39; Thöl, §. 234.
[2]) Kunze, §. 44; Renaud, §. 73; Thöl, §. 271.
[3]) Kunze, §. 40; Renaud, §. 84; Thöl, 234 ff.

IV.

Das öffentliche Recht.

1.

Das Kirchenrecht.

Von

Prof. Dr. Paul Hinschius
in Kiel.

I. Einleitung.

Die Kirche, die Kirchen und das Kirchenrecht.

Nicht für die Bezeichnung aller Religionsgesellschaften, sondern nur für die solcher Vereinigungen, welche auf dem Boden des Christenthums stehen, hat die Sprache den Gebrauch des Wortes: „Kirche" fixirt. Die Kirche kann daher nur als die Gemeinschaft Derer definirt werden, welche durch den christlichen Glauben verbunden sind. Da aber die Kirche von ihrem Stifter den Auftrag und die Mittel zu fortdauernder Pflege und Weiterverbreitung der christlichen Lehre empfangen und zur Verwirklichung dieser ihrer Aufgabe eine bestimmte in die äußere Erscheinung tretende Organisation entwickelt hat, so muß sie auch zugleich als diejenige Anstalt bezeichnet werden, welche zum Glauben an Christus sammelt. Der Grund der Kirche und ihrer Organisation ist die christliche Offenbarung und wenn man auch insofern, als dieses Fundament für alle Bekenner des Christenthums ein gemeinsames Band bildet, — abgesehen von dem gleich darzulegenden katholischen Standpunkt — nach dem Vorgange der Apologie der Augsburger Confession von 1531 Art. VII. und VIII. von Einer christlichen Kirche (umfassend die „homines sparsos per totum orbem qui de evangelio consentiunt et habent eundem Christum, eundem spiritum sanctum et eadem sacramenta sive habeant easdem traditiones humanas sive dissimiles") sprechen kann, so haben sich doch die verschiedenen Auffassungen der Urkunden des Christenthums in verschiedenen Kirchen verkörpert, und es bestehen daher die griechische, die katholische und die nach ihren beiden Hauptrichtungen in die lutherische und reformirte zerfallende evangelische Kirche als gesonderte äußere Anstalten neben einander.

Ohne eine bestimmte äußere Ordnung, welche die Anwendung der der Kirche übertragenen Gnadenmittel und religiösen Vollmachten und die Wirkung derselben auf die innere sittliche Seite der Menschen ermöglicht und sichert, kann keine der inmitten des weltlichen Lebens stehenden Kirchen, ihre Aufgabe verwirklichen. Damit ist die Nothwendigkeit eines bestimmten Rechts für die Kirche gegeben, und es läßt sich der Begriff des Kirchenrechts [1]) (des ius ecclesiasticum) als die Gesammtheit derjenigen Normen fassen, welche das Leben der Kirche als einer äußeren, sichtbaren Gemeinschaft regeln. In das Kirchenrecht gehört demnach die Darstellung der Grundsätze, welche die Rechte der durch ihre Regierungsorgane repräsentirten Kirche als solcher zu ihren Gliedern, die Rechte dieser Einzelnen, und das Verhältniß der Kirche und ihrer Anhänger zum Staat, sowie zu den ihr Nichtangehörigen und den anderen Kirchen

[1]) Ueber den damit nicht zusammenfallenden Begriff des ius canonicum s. oben S. 116.

und Religionsgesellschaften betreffen. Wenn man vielfach die Gesammtheit dieser Normen in der Weise in die beiden Kategorien. öffentliches= und Privatkirchenrecht eingetheilt hat, daß dem letzteren die Regeln über die Stellung der einzelnen Glieder als solcher, dem ersteren aber alle übrigen anheimfallen, so verkennt diese praktisch im einzelnen schwer durchführbare und schiefe Classification, daß auf dem Gebiete der Kirche der Wille des Einzelnen nicht das bestimmende Moment für die Festsetzung seiner Befugnisse und Verpflichtungen ist, sondern daß diese letzteren ebenfalls in der dem Belieben des einzelnen Rechtssubjectes unerreichbaren Organisation der Kirche ihren Grund haben. Die sonst hergebrachten Eintheilungen des Kirchenrechts in ius ecclesiasticum commune und particulare, sowie in ius eccles. generale und singulare erklären sich von selbst.

Hinsichtlich der Stellung des Kirchenrechts im allgemeinen Rechtssystem ist eine verschiedene Auffassung möglich und berechtigt. Den beiden Hauptgattungen des Rechts, öffentliches= und Privatrecht, kann es nicht untergeordnet werden. Diese Eintheilung nimmt den einzelnen Staat, in welchem sich alles Recht verwirklicht, zum Fundament an, die Kirche ist aber ein Organismus, welche ihrer universellen Bedeutung und Richtung gemäß zwar in den Staaten zur äußeren Erscheinung gelangt, aber immer über den einzelnen Staat hinausgeht, und vielfach namentlich im Mittelalter ihr Recht unabhängig vom Staat entwickelt hat. Da es sich demnach um incommensurable, nicht in eine Linie zu stellende Größen handelt, so muß bei der Classification der einzelnen Rechtsgebiete das Kirchenrecht nur dem Gebiete des öffentlichen=, wie des Privatrechts, also dem weltlichen Rechte überhaupt als geistliches Recht entgegengesetzt werden, ein Standpunkt, welcher im Mittelalter bei der ausschließlichen Regulirung einer ganzen Reihe von Lebensverhältnissen praktische Verwirklichung gefunden hat und auch noch heute in der Bezeichnung ius utrumque festgehalten wird. Andererseits kann indessen das kirchliche Recht lediglich vom Standpunkt des Staates aus betrachtet werden. Weil der letztere für alles, was sich innerhalb seines Territoriums befindet und seines Schutzes theilhaftig werden will, auch die rechtlichen Normen zu setzen befugt ist, den einzelnen Staat aber die Kirche, insoweit sie über ihn hinausgreift, nicht interessirt, so ist auch die Anschauung möglich und sie ist die der heutigen Staatspraxis, daß das Recht der einzelnen Kirchen das Recht der im Staate bestehenden hervorragendsten Corporationen und Gesellschaften, mithin einen Theil des staatlichen Gesellschaftsrechts, bildet. Freilich ist schon hier darauf aufmerksam zu machen, daß die katholische Kirche diese Anschauung in Folge ihrer Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche nicht als berechtigt anerkennt.

Zum Wesen jeder Kirche gehört begrifflich ein bestimmter positiver Glaubensgehalt. Diesem muß die Organisation und das Recht der einzelnen Kirchen entsprechen. Daher ist mit der Verschiedenheit des Dogmas auch zugleich eine Verschiedenheit des Rechts der einzelnen Kirchen gegeben und es muß ferner einer Construction des Kirchenrechts auf naturrechtlicher Grundlage und der Annahme eines s. g. natürlichen aus dem Gesellschaftsbegriff zu schöpfenden Kirchenrechts, — Theorien, auf welchen eine ganze Anzahl im vorigen Jahrhundert und Anfang des gegenwärtigen erschienener Werke, so z. B. die früher viel gebrauchten Bücher von G. von Wiese († 1824) [1] basiren, — die Berechtigung abgesprochen werden. In den bisherigen Darstellungen ist jene eben berührte Verschiedenheit im Rechte der einzelnen Kirchen zwar nicht verkannt, es ist ihr aber praktisch dadurch zu wenig Rechnung getragen, daß man gewöhnlich das katholische und protestantische

[1]) Grundsätze des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts, Göttingen 1793, Aufl. 6. von Morstadt, Göttingen 1850, und Handbuch des gemeinen 2c. Kirchenrechts, Leipzig 17[illegible]9 ff., 3 Thle.

Kirchenrecht nicht getrennt, und so nicht nur dem protestantischen Kirchenrechte die unpassende Systematik des katholischen aufgezwungen, sondern auch die Unterlassungssünde begangen hat, die Vereinbarkeit mancher heute für die evangelische Kirche noch als maßgebend erklärter katholischer Rechtssätze mit dem Geiste derselben genau zu prüfen. In der nachfolgenden Uebersicht soll das Recht jeder Kirche gesondert dargestellt werden.

II. Das Recht der katholischen Kirche.

A. Die dogmatischen Grundlagen der Verfassung.

Nach katholischer Lehre ist die Kirche die Gesammtheit aller Derjenigen, welche durch die Gemeinschaft desselben christlichen Glaubens und derselben Sacramente unter dem Regiment ihrer schriftmäßigen Oberhirten oder Bischöfe und besonders des sichtbaren Stellvertreters Christi, des Papstes zu Rom, verbunden sind. Diese Kirche, für deren Begriff gerade die kurz charakterisirte Verfassung wesentlich ist, hat allein darauf Anspruch, die heilige, katholische, d. h. die allgemeine, apostolische und unfehlbare zu sein, während die übrigen christlichen Kirchen nach katholischer Anschauung nur als Religionsgesellschaften, welche unberechtigterweise die Bande des Gehorsams zerrissen haben, gelten. Das Recht dieser Kirche beruht entweder auf göttlicher Anordnung oder auf menschlichen Festsetzungen und scheidet sich daher in ein ius divinum und ius humanum. Die Erkenntnißquelle für das erstere bilden das alte und neue Testament, von denen das alte indessen nur hinsichtlich seiner Ceremonial= und Rechtsvorschriften in Frage kommt, so wie die s. g. traditio divina, d. h. die von Christus erlassenen, aber neben der heiligen Schrift nur mündlich fort überlieferten, und durch die Uebereinstimmung der Kirchenväter bezeugten Anordnungen, durch welche die heilige Schrift theils ergänzt, theils der Sinn derselben näher bestimmt wird. Das ius divinum ist als ein ewig unwandelbares Recht dem Einfluß jeglicher gesetzgebenden Gewalt in der Kirche entzogen und gerade seinem Gebiete gehören die Fundamentalsätze über die Verfassung der katholischen Kirche an.

Niedergelegt ist dieses Recht, sowohl das göttliche als auch das menschliche — abgesehen von der heiligen Schrift — in den oben (S. 116 ff.) besprochenen Rechtssammlungen und den in sie aufgenommenen, sowie später ergangenen Concilienbeschlüssen (namentlich das neuere in denen des Concils von Trient) und den päpstlichen Decretalen.

Nach weiterer katholischer Lehre hat die Kirche von ihrem göttlichen Stifter die nöthigen Vollmachten zur Verwirklichung ihrer Zwecke erhalten und die Gewalt, welche diesen Vollmachten entspricht, scheidet sich in die potestas magisterii, ordinis und iurisdictionis, d. h. die Vollmacht, die rechte Lehre zu verbreiten, die göttlichen Gnaden und Heilsgüter, insbesondere die Sacramente zu spenden, und endlich die Kirche zu leiten und zu regieren. Die beiden ersten Vollmachten sind bestimmt, auf die innere und religiöse Seite des Menschen zu wirken, und wenn sie materiell höher stehen, als die potestas iurisdictionis, welche ihnen nur dient, insofern sie die gedeihliche Wirksamkeit der beiden anderen Gewalten durch äußerliche Anordnungen zu sichern berufen ist, so kommt doch die potestas iurisdictionis allein ihrem inneren Wesen nach für das Rechtsgebiet in Betracht. Die potestas magisterii tangirt dagegen das letztere nur deshalb, weil ihre Ausübung äußerlich geordnet werden muß, die in ihr liegenden Befugnisse also Objecte der potestas iurisdictionis sein können. Die potestas ordinis hat zwar ebenfalls aus demselben Grunde für das Recht Bedeutung, aber sie nimmt eine solche auch noch unter dem viel wichtigeren Gesichtspunkt in Anspruch, daß sie für die Regel die Voraussetzung der potestas iurisdictionis bildet.

B. Die Hierarchie und die Leitung der Kirche durch dieselbe.

§. 1. Die Bildung der Hierarchie. Die der Kirche gegebenen Vollmachten sind nicht der Gesammtheit der Mitglieder derselben, sondern nur einem bestimmten Stande innerhalb derselben, dem Klerus, übertragen worden. Die Zugehörigkeit zu demselben wird durch den Empfang der Weihe oder der Ordination erworben, d. h. desjenigen Sacramentes, welches die besondere geistige Befähigung (facultas spiritualis) verleiht, die kirchlichen Heilsgüter mit der von Christus verheißenen Wirkung zu verwalten. Unter den heiligen Functionen ist die bedeutungsvollste: die Darbringung des unblutigen Opfers Christi durch die Verwandlung von Brot und Wein in dessen heiligen Leib. Die Fähigkeit dazu steht sowohl dem Bischof, wie auch dem einfachen Priester (presbyter) zu, welche daher beide unter der Bezeichnung: „sacerdotes" und „sacerdotium" begriffen werden. Eine höhere Machtfülle im Vergleich zum einfachen Presbyter kommt aber dem Bischof insofern zu, als er allein im Stande ist, durch Mittheilung des heiligen Geistes das Priesterthum fortzupflanzen. Denn nur die Bischöfe gelten — allerdings schon nach einer Ende des dritten Jahrhunderts fixirten Auffassung — als die Nachfolger der Apostel hinsichtlich der Vollmachten und des Berufes derselben zur Bezeugung und Bewahrung der apostolischen Ueberlieferung. Aus dem Diaconat, einem Amte dienender Stellung gegenüber dem Priesterthum, dessen Existenz schon für die ältesten Zeiten der christlichen Kirche bezeugt ist, haben sich seit dem dritten Jahrhundert eine Reihe besonderer Aemter, auf welche die verschiedenen und zwar die niedrigeren Functionen des ursprünglichen Diaconats übergegangen sind, die Aemter des Subdiaconen, des Akolythen, des Exorcisten, des Lectors und Ostiarius herausgebildet, und die Inhaber derselben vom Diaconat an werden im Gegensatz zu den sacerdotes als Träger des ministerium oder als ministri bezeichnet. Somit umfaßt die Ordination oder der ordo, je nachdem man — was in der katholischen Kirche dogmatisch nicht entschieden ist — die Stufe des Bischofs und des Priesters als eine einzige, dem Wesen nach gleiche oder als zwei verschiedene auffaßt, sieben oder acht Weihegrade (ordines), deren Inhaber mit Rücksicht auf ihre verschiedenartig abgestufte Stellung die s. g. hierarchia ordinis bilden, und von denen früher jeder Grad besonders und zwar der Reihenfolge nach vom Ostiariate auf, erlangt werden mußte. Von diesen werden die vier ersten (bis zum Subdiaconat inclus.) als ordines majores oder sacri, die übrigen als ordines minores oder non sacri bezeichnet. Die letzteren sind schon seit mehreren Jahrhunderten nur formelle Durchgangsstufen geworden und können daher gemeinschaftlich verliehen werden, wobei denn auch zugleich die allerdings auch abgesondert mögliche Ertheilung der Tonsur, des äußeren Zeichens des Priesterthums, erfolgt.

Von dem Eintritt in den Klerikalstand ausgeschlossen, also absolut unfähig (incapaces) für die Ordination, so daß die dennoch vollzogene vollkommen wirkungslos (invalida) ist, sind nur die Ungetauften und Weiber. Außerdem hat aber das Kirchenrecht noch eine Reihe von Erfordernissen für die Weihecandidaten aufgestellt, deren Mangel zwar die Ordination nicht null, aber als unerlaubt (illicita) erscheinen läßt und die Ausübung des so erlangten ordo, sowie die Erlangung eines höheren, hindert. Die Abwesenheit der nöthigen Qualification und das Vorhandensein eines der Weihe entgegenstehenden Impedimentes heißt technisch: irregularitas. Sie kann hervorgehen aus einem Mangel (defectus), welcher geeignet ist, der Würde und dem Ansehen der Geistlichen beim Volke Eintrag zu thun oder ihn zur Verwaltung der geistlichen Functionen untauglich erscheinen läßt. Als solche s. g. irregularitates ex defectu gelten der Mangel der ehelichen Geburt (def. natalium), das Vorhandensein körperlicher Anstoß erregender oder

die Ausübung der geistlichen Functionen hindernder Gebrechen und Krankheiten (def. corporis), der Mangel des nöthigen Alters, welches für den Bischof das vollendete 30., für den Priester das angetretene 25. Lebensjahr ist (def. aetatis), der Mangel der erforderlichen Kenntnisse und Vorbildung (d. scientiae), die erst jüngst erfolgte Bekehrung zum Christenthum (def. fidei), der s. g. def. sacramenti, der dann vorliegt, wenn der Betreffende schon in zwei durch Beischlafsvollziehung consummirten Ehen oder in der Ehe mit einer schon von einem anderen Mann fleischlich erkannten Person gelebt hat, der Mangel der nöthigen Herzensmilde (def. perfectae lenitatis) bei solchen, welche erlaubterweise wie Richter, Zeugen, Soldaten ꝛc. durch ihre Handlungen die Tödtung oder die Verstümmelung eines Menschen herbeigeführt haben, der def. libertatis, wodurch Sklaven, Ehemänner ohne Consens ihrer Frau, Inhaber bestimmter Staatsämter, Vormünder, Verwalter u. s. w., die ihrer Pflicht zur Rechnungslegung noch nicht genügt, ausgeschlossen werden, endlich der def. famae bei solchen, welche durch Erleidung von Ehrenstrafen oder durch ihre Lebensweise und ihren Beruf der öffentlichen Achtung verlustig gegangen sind. Wegen der s. g. irregularitas ex delicto ist dagegen der Eintritt in den Klerus allen denjenigen verwehrt, welche sich vor Gericht erwiesene oder öffentlich bekannt gewordene Vergehen und ohne Rücksicht auf das Moment der Publicität die Verbrechen der Tödtung, Verstümmelung, Ketzerei, Apostasie, des Mißbrauchs des Sacramentes der Taufe, des ordnungswidrigen Empfangs und der ordnungswidrigen Ausübung der Weihen, des Versuchs der Eheschließung trotz der Ablegung des feierlichen Keuschheitsgelübdes (also seitens eines Ordensgeistlichen oder eines Klerikers der höheren Weihen) haben zu Schulden kommen lassen.

In den ersten Zeiten der Kirche wurde Niemand ohne die Erlangung eines Amtes an einer bestimmten Kirche (des s. g. titulus) ordinirt und damit war ohne weiteres der Lebensunterhalt des Geistlichen sicher gestellt. Als später die Zahl der kirchlichen Aemter oder Beneficien für die Kleriker nicht mehr hinreichte, weihte man dieselben absolut ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Amt, wenn ihre Existenz durch eigenes Vermögen gesichert war. Darin liegen die Anfänge des heutigen Rechts, welches die absolute Ordination gestattet, aber als Bedingung derselben für den Geistlichen der höheren Grade einen s. g. Titel im neueren Sinn, d. h. ein standesgemäßes Einkommen, verlangt. Neben dem noch immer als die Regel geltenden Titel der Amtseinkünfte (titulus beneficii) kommen daher subsidiarisch vor: der s. g. titulus patrimonii, das auf Immobilien radicirte Einkommen oder eine auf diese Weise seitens eines Dritten versicherte Rente (tit. pensionis), der s. g. tit. mensae, d. h. ein rechtsverbindliches Versprechen, nöthigenfalls, namentlich bis zur Erlangung eines Beneficiums, dem Geistlichen den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, dessen Abart, der s. g. landesherrliche z. B. in Oesterreich, Baiern und der oberrheinischen Kirchenprovinz vorkommende Tischtitel, eine derartige vom Landesherrn gewährte Versorgung, bildet, endlich der s. g. tit. professionis oder paupertatis für Ordensgeistliche und der tit. missionis für die Zöglinge der römischen Missionsanstalten, weil der Lebensunterhalt der betreffenden Geistlichen durch ihr Kloster oder die Anstalt gesichert ist.

Befähigt zur Ertheilung der Weihe ist für die Regel nur ein Bischof und dieser Grundsatz gilt ausnahmslos für die Weihen bis zum Diaconat einschließlich. Die Befugniß zur Ordination ist aber mit dieser Befähigung noch nicht gegeben, vielmehr müssen besondere Voraussetzungen dafür vorhanden sein, weil es sich in dieser Beziehung um eine Einrichtung handelt, welche die äußere rechtliche Ordnung der Kirche, das Gebiet der iurisdictio, betrifft. Da nur dem Papst die Leitung und die Regierung der ganzen Kirche zusteht, so kann er auch allein Geistliche aus allen Theilen der Kirche weihen, der einzelne Bischof ist nur berechtigt, die seiner Regierungsgewalt unterworfenen Personen zu ordiniren. Seine be=

zügliche Competenz wird begründet ratione originis, d. h. durch Geburt des Candidaten in einem innerhalb der Diöcese belegenen Domicil des Vaters, ratione domicilii, d. h. durch eigenes Domicil des Candidaten, ratione beneficii, d. h. durch Uebertragung eines Beneficiums in der Diöcese des weihenden Bischofs, und endlich ratione familiaritatis s. commensalitii, d. h. durch ein dauerndes, mindestens dreijähriges Dienstverhältniß des Candidaten zum Bischof, sofern der erstere auf Kosten des Bischofs gelebt hat und binnen Monatsfrist ein Beneficium übertragen erhält. Sonst bedarf es einer Uebertragung der Befugniß des competenten Bischofs durch s. g. litterae dimissoriae (Entlassungsschreiben).

Durch die Ordination empfängt die betreffende Person die besondere, sie specifisch von den Laien unterscheidende geistige Befähigung (facultas spiritualis) die aus dem erhaltenen ordo herfließenden Functionen vorzunehmen, wenngleich zwar nicht die gültige, wohl aber erst die erlaubte Ausübung des ordo durch Uebertragung eines Amtes oder sonstige Autorisation, durch eine s. g. missio legitima, bedingt ist. Durch die Priester- und Bischofs-, nach Einigen auch durch die Diaconatsweihe wird nach der seit Ende des zwölften Jahrhunderts fixirten Theorie die Befähigung in der Weise mitgetheilt, daß sie der betreffenden Person einen s. g. character indelebilis aufprägt, sie also auf keine Weise, mithin z. B. nicht einmal durch Absetzung, oder Abfall vom christlichen Glauben verloren gehen kann, und demnach der in solcher Lage Befindliche die Functionen seines ordo zwar illicite, aber immerhin valide ausübt.

Dieser besonderen Stellung des Klerus gemäß hat die Kirche von jeher eine Reihe von Privilegien für denselben beansprucht, welche seine höhere Würde dem Laienstande gegenüber zum Ausdruck bringen sollen. Diese kommen nicht nur den Ordinirten, sondern auch unter gewissen Voraussetzungen schon denjenigen, welche allein die Tonsur erhalten haben, zu. Ausschließlich auf kirchlichem Gebiete kann sich das s. g. privilegium canonis (sc. si quis suadente diabolo, c. 29. C. XVII. qu. 4., entnommen dem II. Lateranensischen Concil von 1139), bethätigen, wonach die absichtliche Verletzung eines Klerikers oder die Verübung einer Realinjurie gegen denselben den sofortigen, ipso iure erfolgenden Eintritt des großen Banns nach sich zieht und der letztere für die Regel nur auf beim Papste persönlich nachgesuchte Dispensation gehoben werden kann. Während aber ferner die Kirche die Exemtion der Geistlichen von jeglicher, der Civil- und Strafgerichtsbarkeit des Staates (das s. g. privilegium fori), die Freiheit derselben von allen öffentlichen Abgaben und Lasten (s. g. priv. immunitatis), ferner die Executionsfreiheit des zum nothwendigen Lebensunterhalt erforderlichen Theils des Einkommens (priv. competentiae) in Anspruch genommen hat, ist das erste Privilegium von den deutschen Staatsgesetzgebungen heute beseitigt, in Bezug auf die beiden anderen Punkte sind dagegen die Geistlichen gewöhnlich den Staatsbeamten gleichgestellt. Die besonderen Standespflichten der Kleriker bestimmen sich im einzelnen durch den allgemeinen Grundsatz, daß sie eine der Würde ihres Standes entsprechende Lebensart führen, sich ihrem Beruf ungetheilt hingeben, den übrigen Mitgliedern der Kirche in der Uebung christlicher Tugenden als leuchtendes Beispiel vorangehen und an ihrer eigenen intellectuellen Fortbildung und sittlichen Vervollkommnung weiter arbeiten sollen. Im einzelnen sind hervorzuheben die Vorschriften, daß die Geistlichen die Tonsur und die geistliche, dem Gebrauche ihrer Diöcese entsprechende Kleidung tragen, einen keuschen Lebenswandel führen und sich besonders eines Verdacht erregenden Umgangs mit dem weiblichen Geschlecht enthalten, sich nicht weltlichen Vergnügungen und Geschäften (z. B. dem Betriebe des Handels) hingeben und regelmäßig den täglichen Gottesdienst nach Maßgabe des dazu bestimmten Gebetbuches, des s. g. Breviers, verrichten sollen. Endlich besteht für die katholischen Geistlichen der höheren ordines die

Pflicht zur Beobachtung des Cölibatsgesetzes, welches dieselben hindert, eine gültige Ehe einzugehen. Ursprünglich durch die Anschauung von der Verdienstlichkeit der Ertödtung des Naturtriebes und der Virginität hervorgerufen, ist in der abendländischen Kirche das Verbot zwar schon im dritten Jahrhundert aufgestellt, hat aber namentlich bei den germanischen Völkerschaften in den ersten Zeiten des Mittelalters keine praktische Geltung erlangt. Seit dem zehnten Jahrhundert hat die Kirche den nie ganz aufgegebenen Kampf für die Durchführung des Cölibats energischer wieder aufgenommen, namentlich aus dem praktischen Grunde, um die Beeinträchtigung des kirchlichen Vermögens durch und zu Gunsten der Descendenten der Kleriker und ein Erblichwerden der kirchlichen Beneficien zu hindern. Im folgenden Jahrhunderte führte Gregor VII., unterstützt von der die Enthaltsamkeit als die wahre Heiligung proclamirenden Reform- und Mönchspartei, diese Bestrebungen auf das energischste weiter, indem er in der Durchsetzung des Cölibats ein Mittel erkannte, das von allen Banden der Familie losgelöste Priesterthum zu einem für hierarchische Tendenzen unbedingt verwendbaren Werkzeug zu machen. Von entscheidendem Erfolge sind diese Bestrebungen ebenfalls nicht gewesen, sie haben vielmehr nur das erreicht, daß seit jener Zeit das Cölibatsgesetz nicht, wie früher, völlig in der Praxis in Vergessenheit gerathen ist. Denn erst noch geraume Zeit nach dem Tridentinischen Concil im 17. Jahrhundert hat das durch dasselbe von neuem sanctionirte Gesetz volle praktische Wirksamkeit erlangt, und auch auf staatlichem Gebiete in den meisten Ländern, z. B. in Baiern, Sachsen, Würtemberg, Baden, Oesterreich u. s. w. — nicht aber in Altpreußen — Anerkennung gefunden.

§. 2. Der für die Leitung der Kirche bestimmte Organismus. Die Mitglieder des eben in seiner rechtlichen Stellung charakterisirten Standes sind für die Regel allein fähig, die äußere Leitung und Regierung der Kirche zu führen, also die s. g. iurisdictio auszuüben. Zu diesem Zweck besteht in der Kirche ein Organismus mit ein für allemal abgegrenzten Befugnissen, und da der Inhaber mit dem Erwerb des Amtes einen bestimmten kraft objectiver Rechtsregel damit verknüpften Antheil an der Leitungsgewalt erhält, so wird die ihm aus dem ebengedachten Grunde zustehende Jurisdiction als iurisdictio ordinaria, und der Beamte selbst als iudex ordinarius — unter welche Kategorie z. B. der Papst, die Erzbischöfe und die Bischöfe gehören — bezeichnet, im Gegensatz zu der iurisdictio delegata, welche dadurch entsteht, daß der iudex ordinarius von der ihm zustehenden Befugniß Gebrauch macht, einer anderen Person die Ausübung eines Theils seiner Jurisdictionsrechte zu übertragen.

a) Betrachten wir den in der Kirche bestehenden ordentlichen Organismus im einzelnen, so bildet der Papst kraft der katholischerseits angenommenen Succession in die Stellung des Apostels Petrus die Spitze und das Haupt desselben. Er besitzt — abgesehen von dem s. g. primatus honoris, d. h. einer Reihe besonderer Ehrenrechte — den s. g. primatus iurisdictionis, welcher sich in dem obersten Gesetzgebungsrechte, der höchsten Gerichtsbarkeit, dem obersten Aufsichts-, Besteuerungsrechte, der Oberleitung der kirchlichen Vermögensverwaltung äußert. Gleichzeitig ist der Papst auch Diöcesan-Bischof von Rom, Erzbischof oder Metropolit der römischen Provinz, Patriarch des Abendlandes und endlich weltlicher Souverän des Kirchenstaates (patrimonium Petri), eines Territoriums, welches sich durch Schenkungen und andere Erwerbstitel ebenso wie die weltlichen Fürstenthümer, im Lauf des Mittelalters gebildet hat, welches aber von jeher als ein Stück Kirchengut und als bestimmt, die allgemeine Verwaltung der Kirche aus seinen Erträgnissen mit zu bestreiten, betrachtet worden ist. Daß der Primat ein wesentliches Moment der Verfassung sei, ist ein unbestrittener Glaubensartikel der katholischen Kirche. Dagegen hat über die Stellung des Papstes zu den Bischöfen zu Zeiten ein bis jetzt dogmatisch

nicht entschiedener Streit zwischen zwei verschiedenen Auffassungen, dem s. g. Papal- und dem s. g. Episcopal-System, geherrscht. In Folge der Zerrüttungen, welche die Uebersiedelung der Päpste nach Avignon, der lang andauernde Streit zwischen den verschiedenen Gegenpäpsten und das Zerwürfniß zwischen Papst und Kaiser in der Kirche seit dem 14. Jahrhundert hervorgerufen hatten, trat bei der dadurch herbeigeführten Minderung des päpstlichen Ansehens der Episcopat naturgemäß als der zur Reform der Kirche berufene Factor in den Vordergrund. Auf den Reform-Concilien zu Pisa (1409), Constanz (1414—1418) und Basel (1431—1443) wurde die Theorie nicht nur aufgestellt, sondern auch durch Absetzung der Päpste geltend gemacht, daß der zum allgemeinen Concil versammelte Episcopat die höchste Autorität in der Kirche, welcher auch der Papst unterworfen sei, repräsentire. In Frankreich ist dieser Grundsatz, welchen die berühmte Déclaration du clergé de France sur les libertés et franchises de l'église Gallicane von 1682 gleichfalls wiederholt, ein Theil des gallicanischen Kirchenrechts geworden. Ebenso hat er in Deutschland nicht nur durch Vermittelung des ius ecclesiasticum des Niederländers van Espen eine weitere theoretische Ausgestaltung erfahren, sondern auch die deutschen Regierungen haben meistens gleichfalls jene, die Stellung des Episcopats betonende Anschauung festgehalten und bis auf die neuere Zeit dieselbe praktisch zu verwerthen gesucht, ja im J. 1786 hat selbst ein Theil des deutschen Episcopats das freilich vergebliche Bemühen unternommen, eine durch das Bisthum regierte, selbstständige deutsche Nationalkirche zu schaffen. Die eben gedachte Theorie (das s. g. Episcopalsystem) hat aus dem erwähnten obersten Grundsatz die Consequenz gezogen, daß der Zweck des Primates allein die Erhaltung der kirchlichen Einheit sei, dem Papst also nur die dazu unbedingt nothwendigen Befugnisse als wesentliche Rechte zukommen, während die sonstigen von ihm geübten Rechte lediglich als accidentielle betrachtet werden. Die gegentheilige Auffassung (das s. g. Papalsystem) sieht dagegen im Papst den Träger der ganzen Machtfülle, und legt den Bischöfen, denen sie die Stellung als von Gott eingesetzter Organe zur selbstständigen Leitung ihrer Diöcesen abspricht, allein eine vom Papstthum abgeleitete, sie nur zu Gehülfen desselben erhebende Gewalt bei. Seit dem Tridentinum, welches die directe Entscheidung des Streites vermieden hat, aber in seinen einzelnen Vorschriften dem Papalsystem eher günstig ist, hat das letztere praktisch die Oberhand behalten, und heute, wo Papst und Bischöfe in dem Kampf gegen die moderne politische Entwickelung und die Fortschritte der modernen Wissenschaft durch das gemeinschaftliche Interesse der Selbsterhaltung vereinigt sind, ruht die Controverse ganz, ja selbst unter dem französischen Episcopat findet heute der Gallicanismus und damit das Episcopalsystem nur noch eine spärliche Zahl von Vertretern.

Neben dem Papste steht als zweites höchstes Organ das allgemeine Concil, dessen Berufung vom Papste ausgeht und zu welchem alle stimmberechtigten Theilnehmer, nämlich sämmtliche Bischöfe, die Cardinäle, die Ordensgenerale und die den Bischöfen hinsichtlich ihrer Stellung gleichstehenden Aebte (die Aebte mit iurisdictio quasi-episcopalis und s. g. praelati nullius dioeceseos) eingeladen werden müssen, aber nicht nothwendig zu erscheinen brauchen. Die Concilien, auf welchen auch Gesandte weltlicher Mächte und Gelehrte, jedoch ohne daß ihnen irgend ein Zutrittsrecht zukommt, gehört werden können, werden nur selten berufen und können zwar als ordentliche für die Leitung der Kirche bestimmte, aber nicht als Organe für die laufende Regierung betrachtet werden. Der Versuch der vorhin erwähnten Reformconcilien, sie durch Festsetzung einer periodischen Wiederkehr zu solchen, namentlich zu einer Controle-Instanz der päpstlichen Verwaltung zu machen, ist gescheitert. Der Papst führt also allein die Leitung der Kirche in oberster Instanz und bedient sich dabei als seiner Gehülfen des Collegiums der Cardinäle, welches

zusammen mit den übrigen päpstlichen Behörden in Rom die s. g. curia Romana bildet. Die Cardinäle, vom Papste auf die alten in und um Rom liegenden Kirchen (tituli) ernannt, und ihm dem Range nach am nächsten stehend, zerfallen in drei, die Zahl von bezüglich 6, 50, 14 Stellen enthaltende Classen, die Cardinal-Bischöfe, die Cardinal-Priester und die Cardinal-Diaconen, bei denen aber der Weihegrad nicht mit dem Cardinals-Range correspondirt, sondern für die Cardinal-Diaconen und Priester vielfach ein höherer ist. Während der Papst mit ihrer Gesammtheit in den s. g. consistoriis die wichtigsten Angelegenheiten erledigt, üben sie auch ferner einen hervorragenden Einfluß auf die Regierung der Kirche dadurch, daß sie als Präsidenten und Mitglieder in eine Anzahl mit selbstständigen Befugnissen ausgestatteter Behörden, von denen die seit dem 16. Jahrhundert errichteten den Namen Congregationes mit näherer Bezeichnung ihres Ressorts (z. B. indicis librorum prohibitorum, cardinalium concilii Tridentini interpretum) führen, vertheilt sind. Das wichtigste ihrer übrigen Vorrechte ist das Recht, den erledigten päpstlichen Stuhl durch Wahl zu besetzen, welche in einem besonders hergerichteten, von ihnen vor Beendigung derselben nicht zu verlassenden Ort (in dem s. g. Conclave, für die Regel in Rom) erfolgt und deren Modus, sofern sich nicht sofort (quasi per inspirationem) Einstimmigkeit ergibt, die geheime, eine Zweidrittel-Majorität erfordernde Abstimmung (electio per scrutinium) oder die einstimmige Uebertragung der Wahlbefugniß an mindestens zwei Cardinäle (e. per compromissum) ist. Mit diesem Vorrecht hängt der weitere — gesetzlich niemals festgestellte — seit Urban VI. (1378) aber ununterbrochen beobachtete, thatsächliche Vorzug zusammen, daß nur ein Cardinal zum Papst gewählt wird.

Die einzigen, regelmäßigen Regierungsinstanzen unter dem Papste, welche die sämmtlichen verschiedenen Functionen desselben (Gesetzgebungsrecht, Gerichtsbarkeit u. s. w.) für den Bereich ihrer geographisch abgegrenzten Bezirke, der s. g. Diöcesen, auszuüben haben und daher vor allem mit dem Ausdruck: iudices ordinarii oder ordinarii schlechthin bezeichnet werden, sind die Diöcesanbischöfe, deren es in der ganzen katholischen Welt (nach dem päpstlichen Jahrbuch von 1865) 608 gibt. In der ältesten Kirche bestanden zwar zwischen ihnen und dem Papste als wirkliche Mittelstufen der Regierung die Patriarchen (von Alexandrien, Antiochien, Jerusalem, Constantinopel), und die Metropoliten oder Erzbischöfe, allein im Occidente, wo es außer dem Bischof von Rom keine Patriarchen gab, ist der Name Patriarch nur einzelnen Bischöfen und Erzbischöfen als ein mit einem Ehrenvorrang verknüpfter Titel gewährt worden, während die im Laufe der Zeit gleichfalls zu einem bloßen Titel herabgesunkene Primatenwürde, welcher im Oriente ungefähr die Stellung der dem Range nach gleich nach den genannten Patriarchen stehenden Exarchen von Ephesus, Cäsarea Cappadociä und Heraklea entsprach, im Abendlande den Vortritt vor allen übrigen Erzbischöfen und Bischöfen eines Reiches und die Befugniß, dieselben zu Nationalconcilien zu versammeln, verlieh. Auch den Metropoliten oder Erzbischöfen sind heute nur bestimmte einzelne Rechte über die Bischöfe (die s. g. Suffraganbischöfe) verblieben, aus deren Diöcesen ihre erzbischöfliche Provinz besteht. Sie bilden die zweite Instanz in kirchlichen Rechtsstreitigkeiten, haben die Versäumnisse der Suffraganbischöfe kraft des s. g. ius devolutionis zu suppliren, ferner das Recht, die Provinzialsynode zu versammeln, die Diöcesen ihrer Suffragane zu visitiren, und die Strafgewalt über dieselben in geringeren Fällen zu handhaben, dürfen jedoch die beiden letzgedachten Rechte nicht ohne Concurrenz der schon erwähnten, eigentlich alle drei Jahre zu convocirenden Provinzialsynode ausüben. Diese Synoden, auf welchen die Suffraganbischöfe, sowie die Aebte und Domcapitel zu erscheinen verpflichtet sind, erstere aber allein neben dem präsidirenden Metropoliten ein Decisiv-Votum besitzen, haben den Zweck, die kirchliche Disciplin der Provinz durch von

ihnen zu erlassende Bestimmungen zu regeln. Daher sind ihre Beschlüsse in Rom und zwar der Congregatio card concilii Trid. interpretum zur Prüfung, ob sie mit den Vorschriften des Tridentiner Concils in Einklang stehen und zur Bestätigung zu unterbreiten. Die Abhaltung der Synoden, zu welcher es in den meisten deutschen Staaten (so z. B. in Preußen, Baiern, Oesterreich) keiner Genehmigung der Staatsregierung bedarf, ist nach sehr langer Unterbrechung erst neuerdings in österreichischen und preußischen Provinzen (z. B. in Köln) wieder aufgenommen worden.

Bei der Regierung der Diöcese stehen dem Bischof die Domcapitel als geschlossene, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Corporationen zur Seite, deren Mitglieder (Domherren, capitulares, canonici) bestimmte Pflichten in Bezug auf die Abhaltung des Gottesdienstes in der Kathedral- oder Domkirche, andererseits aber ein Recht auf ein gewisses Einkommen (praebenda) haben, und sich in drei Classen, je nachdem sie Stellen mit Jurisdictionsrechten und mit einem Vorrang, s. g. dignitates (in Deutschland die Stelle des Propstes, des Vorstehers des Domcapitels, mitunter auch die des Decans) oder Stellen mit einem bloßen Ehrenvorrang (s. g. personatus) oder blos einfache Domherrnpräbenden besitzen, unterscheiden. Der Bischof hat bei Strafe der Nichtigkeit für eine Reihe von Jurisdictionshandlungen den Rath (consilium) des Capitels, ohne freilich daran gebunden zu sein, in einzelnen anderen Fällen aber sogar den consensus desselben einzuholen. Im Fall der Erledigung des bischöflichen Stuhles (sede vacante) geht zwar die bischöfliche Jurisdiction zunächst auf das Capitel über, mit der erfolgten, binnen acht Tagen von ihm vorzunehmenden Wahl eines s. g. Capitular-Vicars wird aber die Regierungsgewalt auf den letzteren privative, d. h. unter Ausschluß des Capitels, übertragen.

Die Gehülfen und Stellvertreter des Bischofs bei der Ausübung seiner Rechte lassen sich in zwei Kategorien sondern, je nachdem ihre Befugnisse auf dem Gebiete der potestas iurisdictionis oder der potestas ordinis liegen. Zu der ersteren gehört zunächst der General-Vicar. Seine Bestellung ist Sache des Bischofs, und sofern nicht gesetzlich oder durch Vorbehalte desselben bestimmte Gegenstände ausgenommen sind, übt er die gesammte bischöfliche Jurisdiction aus, da er dieselbe aber nur als Mandatar besitzt, so erlischt sie nach den Regeln des Mandats, z. B. durch Widerruf, Deposition und Tod des Bischofs. Ihm steht in den meisten Diöcesen eine berathende Behörde, das s. g. General-Vicariat, Ordinariat, auch Consistorium zur Seite, oft ist er aber auf die reinen Verwaltungsgeschäfte beschränkt und die Handhabung der Gerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne dagegen einem anderen Stellvertreter des Bischofs, dem s. g. Official, neben welchem gleichfalls ein weiteres Colleg, das s. g. Officialat oder Consistorium functionirt, übertragen. Als Organe des Bischofs für die Uebung der Aufsicht über Wandel und Amtsführung der Geistlichen und als Vermittelungsorgane zwischen diesen und den bischöflichen Behörden kommen die über aus mehreren Pfarreien bestehenden Kreise (Decanate) eingesetzten Landdechanten, Landdekane, Erzpriester oder Bezirksvicare vor.

Die stellvertretende Ausübung der Functionen des bischöflichen ordo liegt einem vom Papst auf Ansuchen des betreffenden Diöcesan-Bischofs zu bestellenden Bischofe ob, welcher, weil jeder Bischof auf eine Diöcese geweiht werden soll, andererseits aber für die einzelne Diöcese nicht zwei Bischöfe gleichzeitig nebeneinander ernannt werden dürfen, auf ein in die Hände der Ungläubigen verloren gegangenes Bisthum ordinirt wird — daher der Name: episcopus in partibus (sc. infidelium), episcopus titularis, vicarius in pontificalibus, Weihbischof — und immer nur auf besondere Anweisung des Diöcesanbischofs thätig werden kann.

Endlich haben unter dem Bischof in bestimmten, kleineren Bezirken der Diöcese (parochiae) die Pfarrer (parochi, parochiales ecclesiae curati, par. eccl. rectores) — Geistliche mit dem priesterlichen ordo — kraft Auftrages und Sendung ihres Ordinarius die s. g. cura animarum, d. h. die Verwaltung der den bischöflichen ordo nicht voraussetzenden Sacramente, der liturgischen und Cultusacte in gleichem Umfange, sowie des Lehramtes für die Pfarreingesessenen und die Handhabung der Disciplin auszuüben. Eine eigentliche Jurisdiction kommt ihnen dagegen nicht zu.

Abgesehen von dem Rathe des Domcapitels kann der Bischof auch den der s. g. Diöcesansynode bei der Leitung seines Sprengels einholen. Auf dieser sind die Domherren und die mit der Seelsorge betrauten Kleriker zu erscheinen berechtigt; abgestimmt wird auf derselben nicht, denn die Synode hat nur den Bischof zu berathen, könnte ihn also durch ihre Beschlüsse nicht binden. Das Institut, welches hauptsächlich den Zwecken der Visitation, sowie zur Ueberwachung und Sicherung der Ausführung der für die Diöcese erlassenen allgemeinen und besonderen Verordnungen dient, ist lange Zeit in Deutschland unpraktisch gewesen und erst neuerdings sind Versuche zu seiner Wiederbelebung unternommen worden. —

Ein besonderer Organismus von großer Beweglichkeit besteht für diejenigen Gebiete, in welchen die katholische Kirche noch nicht festen Fuß gefaßt oder wo sie ihr früheres Terrain (wie z. B. in den preußischen Provinzen Brandenburg, Pommern) an den Protestantismus verloren hat, — in den s. g. terrae missionis — (im Gegensatz zu den provinciae sedis apostolicae). Die Leitung der Missionsländer erfolgt unmittelbar von Rom aus und geschieht durch eine eigens dafür bestellte Abtheilung der römischen Curie, die s. g. congregatio de propaganda fide, unter welcher bald nur ein mit priesterlichem ordo ausgestatteter apostolischer Präfect, bald ein s. g. apostolischer Vicar mit weihbischöflicher Qualität — die widerruflich in das betreffende Land gesendet werden — die eigentlichen Missionsgeschäfte mit einer Anzahl ihm zur Disposition gestellter Geistlichen versieht.

Der geschilderte Organismus setzt sich aus einer Reihe von einzelnen Aemtern zusammen, über welche folgende allgemeine Grundsätze gelten. Das Amt oder Beneficium (officium mit Rücksicht auf die Pflichten, beneficium mit Rücksicht auf die einzelnen Rechte genannt) ist das Recht und die Pflicht, die Kirchengewalt in einem bestimmten materiellen Umfang und innerhalb eines festgesetzten geographischen Bezirkes kraft eines ständig ertheilten Auftrages auszuüben. Wo Rechte und Pflichten getrennt sind (also die Uebertragung der Einkünfte eines Amtes ohne das Amt Jemandem überlassen wird, s. g. commenda) oder die Bestellung nur auf Widerruf erfolgt (wie bei den s. g. beneficia manualia, die für die zeitweise Verrichtung geistiger Functionen aus dem Kirchenvermögen angewiesenen Bezüge), liegt ein Kirchenamt im eigentlichen Sinne nicht vor. Je nachdem mit dem Beneficium mindestens eine bischöfliche oder eine der bischöflichen analoge Jurisdiction verbunden ist oder nicht, spricht man von beneficia maiora (— ihre Inhaber heißen praelati —) und b. minora; je nachdem ihre Functionen in der Verwaltung der heiligen Handlungen bestehen oder nicht, von b. sacra und non sacra; je nachdem sie endlich blos, wie z. B. die Canonicate, die Beneficien der Meßpriester zum unmittelbaren Dienst am Altar und im Chor verpflichten oder weitere Rechte oder Verbindlichkeiten (wie z. B. bei den s. g. b. curata die Seelsorge) hinzukommen, von b. simplicia und duplicia.

Daß die Inhaber der verschiedenen Aemter, je nach der Bedeutung des Amtes, in einer stufenartig gegliederten Rangordnung stehen (die s. g. hierarchia iurisdictionis, kanonisch ausgedrückt, bilden), ist aus der früheren Darstellung ersichtlich. Die dadurch

bedingte Ueberordnung der höheren Aemter über die unteren und die Unterordnung der letzteren unter die ersteren wird resp. mit dem Ausdruck maioritas und obedientia bezeichnet. Das regelmäßige mit dem kirchlichen Organismus gegebene Subjectionsverhältniß ist aber seit dem Mittelalter vielfach durch s. g. Exemtionen, d. h. dadurch durchbrochen worden, daß einzelne Institute und Bezirke der regelmäßigen Jurisdiction entzogen worden sind; so haben die Klosteroberen als praelati minores über ihre Klöster und die damit zusammenhängenden Kirchen und Personen bischöfliche Jurisdictionsrechte (die s. g. iurisdictio quasi episcopalis), oder gar über ein vom Bischof unabhängiges Territorium (separatum oder nullius sc. dioeceseos) und die darin wohnenden Laien als praelati nullius dioeceseos die bischöfliche Gewalt ausgeübt. Heute kommen in Deutschland solche Exemtionen vor allem noch zu Gunsten von Bischöfen vor, indem dieselben (z. B. der Bischof von Breslau, Ermeland) von jedem Metropolitanverbande befreit und dem päpstlichen Stuhl unmittelbar unterworfen sind.

Die Rechte der kirchlichen Amtsträger ergeben sich durch die den Begriff des Amtes ausmachenden Befugnisse. Gemeinsam ist aber für Alle das Recht auf den Empfang des Lebensunterhaltes. Daher soll mit jedem Amt eine Pfründe (praebenda) verbunden sein, welche in den Erträgnissen eines Gutes, Renten, Zinsen von Capitalien und einer als jährlichem Gehalt (z. B. vom Staat) gezahlten Geldsumme und außerdem noch aus accidentiellen, nicht fixirten Einkünften, wie z. B. den für die Verrichtung gewisser pfarramtlicher Handlungen zu zahlenden Stolgebühren bestehen kann. Die Stellung des Berechtigten (Pfründners, Beneficiaten) gegenüber den einen Ertrag ergebenden, die Dotation der Pfründe bildenden Vermögensstücken — welche beim Bisthum mensa episcopalis genannt werden — ist die, daß er die Verwaltung und Nutznießung hat, demgemäß also weder über die Substanz zu verfügen, noch dieselbe rechtlich oder factisch zu verschlechtern befugt ist. Ueber den römischen Ususfructus geht aber das mehr einem vasallitischen ähnliche Verhältniß insofern hinaus, als der Pfründner die Früchte durch Separation erwirbt und wegen der Substanzstücke utiliter die Vindication und Sachbesitz-Interdicte anstellt. Das von den Einkünften über seinen Unterhalt hinaus Erübrigte kann der Beneficiat de iure zwar beliebig, in Folge einer ihm auferlegten moralischen Pflicht indessen nur zu Werken der Wohlthätigkeit verwenden.

Alle kirchlichen Amtsträger sollen sich die treueste und unabläßigste Erfüllung der durch ihr Amt gegebenen Pflichten angelegen sein lassen. Die Pflicht des Gehorsams gegen die kirchlichen Oberen wird gegenüber dem Papst seitens der Erzbischöfe und Bischöfe, gegenüber dem Bischof aber seitens der Inhaber der beneficia duplicia noch besonders durch ein s. g. iuramentum obedientiae eidlich angelobt. Ferner haben dieselben Personen gleichzeitig oder schon vorher das Glaubensbekenntniß abzulegen. Endlich besteht für die Inhaber der beneficia maiora, die Kanoniker und die Inhaber der beneficia duplicia (nicht der simplicia) die Pflicht, zur persönlichen Verwaltung der Amtsfunctionen an dem Amtsdomicil gegenwärtig zu sein (Residenzpflicht), und daher sollen zwei, diese residentia localis erfordernde Beneficien (s. g. beneficia incompatibilia) nie in derselben Hand vereinigt werden, vielmehr ist nur zu einem nicht auskömmlichen Seelsorge-Amt noch der Erwerb eines die Residenz nicht erfordernden Beneficiums gestattet.

Die Errichtung (erectio), Veränderung (innovatio) und Aufhebung (suppressio) der Kirchämter ruht und zwar die der beneficia maiora in der Hand des Papstes, die der b. minora in der des Bischofs. Die Errichtung erfordert das Vorhandensein eines genügenden Grundes (necessitas, utilitas, incrementum cultus divini), eines passenden Ortes, einer genügenden Dotation und die Anhörung der bei der Sache interessirten Personen.

Eine Genehmigung des Staates erscheint nicht erforderlich, in den meisten deutschen Ländern ist aber die Verständigung zwischen der Staats- und Kirchenbehörde üblich, weil sonst die Träger der neu errichteten Aemter das Recht auf die mit denselben verbundenen staatlichen Functionen und Privilegien (Führung der Kirchenbücher mit staatlicher Anerkennung, Recht der Beitreibung der Stolgebühren in einem besonderen Verfahren u. s. w.) nicht erlangen würden. Eine Veränderung in der kirchlichen Organisation soll ebenfalls nur aus einer dringenden Nothwendigkeit oder bei einem offenbaren Nutzen vorgenommen werden. Sie kann entweder eine sectio, dismembratio sein, d. h. es kann ein Amt in mehrere getheilt werden, oder auch eine s. g. unio, und zwar eine unio per confusionem, bei welcher zwei Aemter unter völliger Aufhebung zu einem einzigen neuen verschmolzen werden, oder eine unio aeque principalis, d. h. dauernde Verleihung zweier bestehen bleibender Beneficien an eine und dieselbe Person, oder endlich eine unio per subiectionem oder accessoria, Verbindung zweier Beneficien in der Art, daß das eine in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältniß zu dem andern steht, ein Verhältniß, das z. B. bei den Mutter- und Tochterkirchen vorkommt. Die Aufhebung endlich setzt voraus, daß das betreffende Beneficium überflüssig und zwecklos geworden ist, oder kein Amtsträger (Beneficiat) mehr aus den Einkünften erhalten werden kann. Auch hierbei sind, wie bei der Innovation die betheiligten Personen (Geistliche, Parochianen und Patrone) anzuhören.

Das einzelne Amt kann unter folgenden Voraussetzungen erworben werden. Es muß vacant sein, so daß also heute die im Mittelalter freilich häufigen Exspectanzen auf noch besetzte Beneficien für die Regel ausgeschlossen sind. Ferner muß die betreffende Person, als s. g. persona idonea, die kanonische Qualification haben. Daher sind ausgeschlossen: 1) die irregulares, 2) die Ketzer und deren Descendenten, wenn der Vater in der Ketzerei verstorben ist, bis zum zweiten, wenn dies mit der Mutter der Fall gewesen, bis zum ersten Grad, 3) diejenigen, welche den für das Amt vorgeschriebenen ordo — für die meisten ist der ordo presbyteralis nöthig — nicht besitzen oder ihn nicht binnen Jahresfrist erwerben können; jedoch muß auch in diesem Fall der Betreffende immer mindestens die Tonsur und ein Alter von 14 Jahren haben; 4) darf es dem Erwerber nicht an der aetas legitima, welche der Altersstufe des für das Amt festgesetzten ordo correspondirt, ebenso wenig 5) an der erforderlichen Vorbildung fehlen. Das Maß der letzteren richtet sich gleichfalls nach den für die Erlangung des betreffenden ordo vorgeschriebenen Bedingungen; für die bischöfliche Würde und eine Reihe von Domherrenstellen insbesondere wird die vorgängige Erwerbung des Grades, resp. eines Magisters, Licentiaten oder Doctors der Theologie oder des kanonischen Rechts oder ein öffentliches Zeugniß über die Lehrfähigkeit verlangt. Das Recht der einzelnen deutschen Staaten schließt für die Regel noch die Ausländer und mitunter (so allgemein z. B. in Baiern, Würtemberg, Baden, — in Preußen nur für die Bischofssitze —) die dem Landesherrn mißfälligen Personen (personae minus gratae) aus, während eine directe Bestätigung der von der Kirche angestellten Beamten durch die Staatsregierung nur noch sehr vereinzelt vorkommt.

Die Verleihung des Amtes selbst soll erfolgen gratis, d. h. ohne Simonie, und behufs Ausschließung jedes derartigen Verdachtes, pure und aperte (ohne Bedingungen und öffentlich), ferner libere (ohne Zwang gegen den berechtigten kirchlichen Oberen) sodann sine deminutione, ohne Schmälerung des Beneficiums oder seines Ertrages durch Auflage von Abgaben, wovon freilich die reservatio pensionis für einen resignirenden Amtsvorgänger eine Ausnahme machen kann, und schließlich innerhalb der vorgeschriebenen Zeit, welche gewöhnlich für die niederen Beneficien sechs, für die höheren drei Monate beträgt.

Geschieht die Verleihung (provisio, collatio) durch den dazu ordnungsmäßig berufenen Oberen, so ist sie eine ordinaria, im Gegensatz zur provisio extraordinaria. Die niederen Kirchenämter besetzt der Bischof und zwar für die Regel frei (durch s. g. collectio libera); ist er dabei an den Vorschlag einer anderen Person gebunden (bei s. g. collectio non libera), so heißt der Act der Uebertragung, wodurch sich der Erwerb des Amtes für den betreffenden Candidaten vollzieht, institutio collativa, von welcher die institutio corporalis als Einweisung in den Besitz des Amtes zu unterscheiden ist.

Die Verleihung der höheren Aemter, insbesondere die der bischöflichen Stühle, welche in den merovingischen und karolingischen Zeiten, und auch noch in den ersten Jahrhunderten des deutschen Reiches durch königliche oder kaiserliche Ernennung besetzt wurden, und hinsichtlich deren der bekannte Investiturstreit geführt worden ist, ruht jetzt in letzter Instanz in der Hand des Papstes. Für die Regel hat aber in Deutschland (z. B. in Preußen, der oberrheinischen Kirchenprovinz) das Capitel die eine absolute Stimmenmehrheit erfordernde Wahl (electio), vor welcher die personae minus gratae bald durch vorheriges, nicht näher formell regulirtes Benehmen mit dem Souverän (so in Preußen) oder durch Einsendung der Wahlliste an den letzteren zur Streichung bis auf eine die Wahl noch möglich lassende Anzahl (s. g. irischer Wahlmodus in der oberrheinischen Kirchenprovinz) ermittelt werden. Ueber den Gewählten, welcher mit der publicirten Wahl ein Recht auf das Amt (ius ad rem) erlangt, werden von Rom aus nach Einsendung des Wahlprotocolls die nöthigen Erkundigungen Recherchen (der s. g. Informativproceß) angestellt, und ihm eventuell nach feierlicher Verkündigung im Consistorium die päpstliche Confirmation ertheilt, wodurch er das Amt (das ius in re) selbst und damit die iurisdictio erlangt, während er die iura ordinis erst nach erhaltener bischöflicher Consecration ausüben kann. In einzelnen Ländern (z. B. Baiern, Oesterreich) findet statt der Wahl durch das Capitel eine Bezeichnung des Candidaten durch den Landesfürsten (s. g. Nomination) statt, welchem der Papst nach Beendigung des Informationsprocesses die s. g. institutio canonica gibt.

Unter den Beschränkungen des freien Verleihungsrechts der kirchlichen Oberen nimmt das für die Regel nur bei beneficia minora vorkommende Patronatrecht eine hervorragende Stelle ein. Die ursprünglich von den Grundherrn in den germanischen Ländern als Ausfluß des Eigenthums über die auf ihrem Grund und Boden erbauten Kirchen geübte Befugniß, den Geistlichen anzustellen, bildet die historische Grundlage des Instituts, welche das neuere und heutige Recht freilich als eine von der Kirche gewährte Begünstigung für eine derselben erzeugte Wohlthat auffaßt. Diese letztere besteht darin, daß Jemand durch Anweisung des Grund und Bodens, Errichtung eines kirchlichen Gebäudes und Uebermachung der für den Geistlichen und die Ausgaben des Gottesdienstes nöthigen Fonds (assignatio fundi, aedificatio, dotatio) eine Kirche oder auch durch bloße Dotation ein neues Beneficium an einer schon bestehenden Kirche gründet. Geschieht dies unter, wenn auch nur stillschweigender, Genehmigung des Bischofs, so erwirbt er damit das Patronatrecht, welches das katholische Recht als s. g. ius spirituali annexum, der Cognition des weltlichen Richters entzogen und als untheilbar betrachtet.

Außerdem kann es durch die freilich im Tridentinum beschränkte Ersitzung, ferner durch päpstliches Indult entstehen, auch überhebt die Darlegung des unvordenklichen Besitzes des Nachweises jedes anderen Erwerbsgrundes. In persönlicher Hinsicht wird Rechtsfähigkeit, Zugehörigkeit zur katholischen Kirche und Besitz der bürgerlichen und kirchlichen Ehre erfordert, jedoch sind in Deutschland nach einer sich an den Westphälischen Frieden anlehnenden Praxis Protestanten zum Besitze eines Patronatsrechts über katholische Kirchen und umgekehrt fähig.

Digitized by Google

Das Patronatrecht ist ein weltliches (ius patronatus laicale), wenn es von einem Laien oder auch einem Geistlichen aus einem von seiner kirchlichen Stellung unabhängigen Grunde besessen wird; ein geistliches (ecclesiasticum), wenn es durch eine Stiftung aus kirchlichen Mitteln entstanden oder einer geistlichen Person vermöge dieser ihrer Eigenschaft gebührt, endlich ein ius patronatus mixtum, wenn es zum Theil Laien-, zum Theil geistliches Patronatrecht, also z. B. aus weltlichen und kirchlichen Mitteln gestiftet ist. In Deutschland ist vermöge der historischen Entwickelung der s. g. dingliche Patronat (iusp. reale), d. h. derjenige, welcher mit einem Grundstück verknüpft und dessen Subject stets der Eigenthümer des letzteren ist, die Regel: während das kanonische Recht das iusp. personale, welches einer Person als solcher zusteht und als haereditarium nach den civilrechtlichen Erbfolge-Regeln, als familiare nur in der Familie des Stifters sich weiter vererbt, als das gewöhnliche betrachtet. Je nachdem das Recht Einem oder Mehreren zusteht, spricht man von einem iusp. singulare oder compatronatus. Die wichtigste, im Patronate enthaltene Befugniß, welche ihm aber allerdings auch fehlen kann, ist das ius praesentandi, d. h. das Recht, dem verleihungsberechtigten Kirchenoberen (also gewöhnlich dem Bischof) und zwar für den Laienpatron binnen viermonatlicher, für den geistlichen binnen sechsmonatlicher Frist einen tauglichen Candidaten für das vacante Amt zu bezeichnen und vorzuschlagen, welcher in Folge seiner Annahme der Präsentation dem Oberen gegenüber ein s. g. ius ad rem, d. h. den Anspruch auf Uebertragung des Beneficiums — natürlich nur bei vorhandener Qualification — erlangt. Der Laienpatron darf innerhalb der Frist noch andere Candidaten sowohl bei Verwerfung des ersten durch den Ordinarius, als auch sonst beliebig nachpräsentiren, während der geistliche Patron, dessen Recht überhaupt mehr vom Standpunkt einer der regelmäßigen Beneficien-Verleihung ähnlichen Collation aufgefaßt wird, nur in dem Fall einen Candidaten nachpräsentiren kann, wenn er unverschuldet einen Unfähigen vorgeschlagen hat. Abgesehen von etwaigen Modificationen in der Stiftungsurkunde kommt dem Patron die s. g. cura beneficii zu, früher das Recht und die Pflicht, die Kirche und ihr Vermögen gegen willkürliche und gewaltige Angriffe zu vertheidigen, jetzt Einsicht von der Vermögensverwaltung zu nehmen und bei schlechter Administration Anzeige zu machen, ferner ein durch Abstammung vom Stifter, Mangel civilrechtlich Verpflichteter, hinreichendes Vermögen der Kirche und unverschuldete Armuth bedingter Alimentationsanspruch, endlich eine Reihe von Ehrenrechten (wie das auf einen besonders ausgezeichneten Sitz, auf Einschluß in das Kirchengebet u. s. w.)

Uebergehen auf ein anderes Subject kann ein schon bestehendes Patronatrecht, sofern es ein dingliches ist, durch Uebertragung des Eigenthums des berechtigten Gutes, das persönliche durch Vererbung, durch Tausch (aber nur gegen eine andere res spiritualis, mit Consens des Kirchenoberen), Schenkung (ohne eine solche Genehmigung nur beim Compatronat an einen Mitpatron und beim laikalen an eine persona ecclesiastica) und endlich durch Ersitzung.

Das Recht erlischt durch Verzicht des Patrons, Suppression des betreffenden Beneficiums oder der betreffenden Kirche, Untergang des berechtigten Subjects (z. B. Aussterben der Familie), endlich in Folge der Begehung von gewissen unerlaubten Handlungen seitens des Patrons. Dann tritt die freie Collation des kirchlichen Oberen ein, welche derselbe zwar nicht beim bloßen non usus des Patrons, wohl aber in Folge der usucapio libertatis gleichfalls erlangt. Ein s. g. landesherrliches Patronatrecht, d. h. das Recht des Landesherrn, die kirchlichen Beneficien zu besetzen, welches Anfang dieses Jahrhunderts theils aus der Souveränetät, theils aus der Succession in die Güter und Rechte

der säcularisirten Bisthümer und Klöster hergeleitet worden ist, existirt nicht und ist von der neueren Theorie übereinstimmend verworfen. —

Im Gegensatz zu der vorhin besprochenen, s. g. provisio ordinaria tritt die provisio extraordinaria iure devolutionis ein, wenn der gewöhnliche collationsberechtigte Obere die Collation nicht ordnungsgemäß vornimmt (z. B. die Frist versäumt, ein untaugliches Subject auswählt) und zwar devolvirt das Recht bei Bisthümern an den Papst, hinsichtlich der beneficia minora zunächst an den Metropoliten und erst dann an den ersteren. Außerdem kann eine provisio extraordinaria in Folge s. g. päpstlichen Vorbehalts stattfinden. Ende des 13. Jahrhunderts haben die Päpste ein in der obersten Machtfülle begründetes oberstes Collationsrecht aller kirchlichen Beneficien geltend gemacht und unter Ausschluß der früher Berechtigten sich eine ganze Reihe von Aemtern zur eigenen Besetzung vorbehalten. Diese Reservationen, welche früher die Quelle fortwährender Streitigkeiten gewesen sind, kommen heute nur noch in sehr beschränktem Umfange für Deutschland in Betracht (so z. B. für Capitelsstellen in Oesterreich, Preußen und Baiern, und für die Bisthümer im Falle des Ablebens ihrer Inhaber am Sitz der Curie oder zweier Tagereisen davon in Preußen).

Die Erledigung eines Amtes kann erfolgen, abgesehen vom Tode und der Absetzung des Inhabers durch Eintritt einer Thatsache (z. B. Begehung eines Vergehens) welche ipso iure den Verlust des Beneficiums nach sich zieht, durch Verzicht bei Vorliegen eines gerechtfertigten Grundes und durch translatio, Versetzung, welche hinsichtlich der Bischöfe durch den Papst ausgesprochen werden muß.

§. 3. Die Functionen des Regierungs-Organismus im einzelnen. a) Das Gesetzgebungsrecht. Dem Papste und dem allgemeinen Concil steht das oberste Gesetzgebungsrecht in der Kirche zu, aber sowohl das Dogma der Kirche, welches beide nicht ändern, sondern bei entstehenden Streitigkeiten nur declariren können, als auch das ius divinum bildet für sie eine unübersteigbare Schranke. Die innerhalb dieser Grenze vom Concil oder vom Papste erlassenen Normen binden die Kirche von dem Moment ihrer Publication ab. Das Dispensationsrecht kommt ebenfalls für die Regel dem Papste — nicht den unteren Instanzen — zu, aber auch bei der Ausübung dieser Befugniß steht ihm das ius divinum unerreichbar gegenüber. Während dem Erzbischof als solchem ein Gesetzgebungsrecht nicht zusteht — über die Provinzialsynoden s. oben — besitzt es dagegen der Bischof für seine Diöcese. Er ist aber hinsichtlich desselben einmal denselben Beschränkungen wie der Papst unterworfen, außerdem kann er, weil seine Macht über seine Diöcese nicht hinausreicht, das ius commune nicht abändern und daher nur Anordnungen secundum ius commune, d. h. zur Sicherung und Ausführung desselben oder praeter ius commune, d. h. zur Ergänzung der Lücken desselben, erlassen. Neben dem gesetzlichen hat die Kirche der Entwickelung des Gewohnheitsrechtes gleichfalls Raum gelassen, nur darf sich die Gewohnheit nicht gegen das göttliche Recht richten, sie muß ferner im Sinne des kanonischen Rechts eine consuetudo rationabilis sein, d. h. weder dem Wesen der Kirche noch dem des in Frage kommenden Rechtsinstitutes widersprechen, endlich kraft positiver Vorschrift auch die Verjährungszeit hindurch geübt (legitime praescripta) sein.

b) Zur Ausübung des Aufsichtsrechtes über die ganze Kirche kommt dem Papste auch noch heute das freilich praktisch nicht mehr gehandhabte Recht zu, sich durch eigene Abgesandte, Legaten und Nuntien, über den Zustand der einzelnen Diöcesen informiren zu lassen. Außer der Pflicht der Bischöfe, auf jedesmaliges Verlangen dem Papste Bericht zu erstatten, besteht für dieselben die Verbindlichkeit der s. g. visitatio liminum, d. h. innerhalb bestimmter Zwischenräume (drei, vier, fünf, zehn Jahre) in Rom per-

sönlich oder eventuell durch einen Specialmandatar einen detaillirten Generalbericht über ihre Sprengel und ihre Verwaltung auf Grund einer einzureichenden schriftlichen s. g. relatio status abzulegen. Die Metropoliten haben über die Suffraganbischöfe nur ein beschränktes Aufsichtsrecht, insofern als sie allein die Innehaltung der Residenzpflege seitens derselben und die bischöflichen Seminarien zu überwachen haben und die Visitation der Suffragandiöcesen nur nach vollendeter Visitation des eigenen Sprengels und nur unter Zustimmung der Provinzialsynode vornehmen können. Die Bischöfe endlich sollen ihre Diöcesen mindestens alle zwei Jahre persönlich visitiren, um sich Kunde von dem Zustande derselben nach allen Richtungen hin zu verschaffen und die nöthigen Maßregeln zur Besserung treffen zu können; dagegen erfolgen die regelmäßigen jährlichen Visitationen der Kirchen, Geistlichen, Beneficien u. s. w. durch die Landdekane.

c) Handhabung der kirchlichen Rechtspflege. Der Entwickelung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, sowohl für das Gebiet der streitigen Rechtssachen, als auch für das des Strafrechts ist schon (S. 127 ff.) gedacht. In ersterer Beziehung ist heute die Competenz der Kirche in Deutschland eine sehr beschränkte, die Civilstreitigkeiten der Geistlichen, Processe über die Vermögensrechte der Kirche, ja sogar vielfach die Patronatssachen (so z. B. in Preußen) gehören vor das Forum der weltlichen Gerichte. Hinsichtlich der Eheprocesse kommt die Verschiedenheit vor, daß auch diese mit bürgerlichen Wirkungen und durch die staatlichen Justizbehörden entschieden werden, während daneben den geistlichen Gerichten die Verhandlung derselben unbenommen, die Befolgung ihrer Erkenntnisse aber lediglich dem Gewissen der Parteien überlassen bleibt (Preußen, ähnlich neuerdings auch in Oesterreich) oder daß über die persönlichen Verhältnisse (Gültigkeit, Scheidung u. s. w.) die geistlichen Gerichte auch mit für das Civilgebiet bindender Kraft verhandeln (so, allerdings mit Verschiedenheiten im einzelnen, in Baiern, Würtemberg). Soweit eine Gerichtsbarkeit noch besteht, wird sie heute in erster Instanz durch den Bischof, bezüglich das bischöfliche Officialat, in zweiter Instanz durch den Erzbischof und in dritter Instanz durch einheimische, von den Provinzial-, resp. Diöcesansynoden zu designirende und vom Papste zu delegirende Richter (iudices in partibus oder synodales) verwaltet.

Was das Gebiet des Strafrechts betrifft, so ist über den Charakter desselben und die kirchlichen Strafmittel ebenfalls schon früher (S. 134) gehandelt worden. Als s. g., für alle Kirchenglieder anwendbare censurae hat die Kirche das jetzt unpraktische Interdict, d. h. die Einstellung sämmtlicher öffentlichen, gottesdienstlichen Functionen, die Spendung der Sacramente mit eingeschlossen, für ein Land, einen Bezirk oder bei einer Kirche und ferner die Excommunication entwickelt. Letztere ist entweder eine exc. minor, welche nur von den Sacramenten und der Wählbarkeit zu kirchlichen Aemtern oder eine maior, die von der Theilnahme an allen Segnungen der Kirche, von kirchlichem Begräbniß und von jedem Verkehr mit den übrigen Kirchengliedern ausschließt. Für die Geistlichen kommt als Censur die suspensio, die Untersagung der Ausübung der aus dem Amte herfließenden Rechte auf unbestimmte Zeit vor, welche sich auf die Ausübung des ordo (suspensio ab ordine) oder die des officium der Jurisdictionsrechte (suspensio ab officio), die aber zugleich immer die erstere mit umfaßt, oder die des beneficium (suspensio a beneficio) auf den Genuß des Einkommens oder auf alle diese Rechte zusammen (suspensio generalis, suspensio plena) beziehen kann. Die Strafen im engeren Sinne (poenae vindicativae), welche gegen Geistliche angewendet werden, sind die Verhängung der Suspension auf bestimmte Zeit, die privatio beneficii, Entziehung des Amtes ohne zugleich eintretende Unfähigkeit zum Erwerbe neuer, die Strafversetzung, die depositio oder Absetzung, wobei der Betreffende die Amtsrechte, die Fähigkeit zur Erlangung anderer Aemter, aber nicht die geistlichen Standesrechte verliert, die Degradation oder feierliche, auch

die letzteren nehmende Absetzung, Geldbußen und Freiheitsstrafen, während die Körperstrafen jetzt unpraktisch sind. Das letztere gilt auch bis auf die hie und da noch vorkommende Entziehung des christlichen Begräbnisses von den gegen die Laien früher verhängten, in Geldbußen und körperlicher Züchtigung bestehenden poenae vindicativae. Ueberhaupt ziehen heute in Deutschland die noch vorkommenden Kirchencensuren und Strafen keine bürgerliche Folgen nach sich und da auch die Geistlichen in den durch die Staatsgesetze bedrohten Verbrechen und Uebertretungen den weltlichen Gerichten unterstehen, so hat das kirchliche Strafrecht, sowie die durch dasselbe ausgebildete Theorie der s. g. kirchlichen Verbrechen (wie der Häresie, Apostasie u. s. w.) und der kirchlichen Strafen nur noch praktische Bedeutung im Gebiete der der katholischen Kirche heute fast überall in Deutschland allein verbliebenen Gerichtsbarkeit wegen der Amts- und Disciplinarvergehen, welche gleichfalls durch dieselben Gerichte, wie die streitige Gerichtsbarkeit, verwaltet wird.

d) Leitung des Unterrichts. Die katholische Kirche beansprucht das Recht, allein und selbstständig die erforderlichen Vorschriften über die Ausbildung ihrer Kleriker zu erlassen und diese letztere zu leiten. Nach der Vorschrift des Tridentinums sollte in jeder Diöcese eine unter der Leitung des Bischofs stehende Lehranstalt errichtet werden, in welcher Knaben von zwölf Jahren aufgenommen und die nöthige allgemeine, sowie die specielle klerikale Bildung erhalten sollten, um demnächst gleich in den Klerus eintreten zu können. In Deutschland sind aber diese Anstalten nur sehr vereinzelt ins Leben getreten, vielmehr erfolgt die Ausbildung der Kleriker gewöhnlich in der Art, daß sie zunächst in eigenen Knabenseminaren oder auch in den öffentlichen Unterrichtsanstalten des Ortes den Gymnasialunterricht empfangen, dann behufs des fachwissenschaftlichen Studiums die katholisch-theologischen Facultäten oder eigene theologische Lehranstalten besuchen, und erst dann in s. g. Priesterseminaren die praktische Vorbildung erhalten. Kraft der ihr übertragenen Lehrgewalt erhebt die Kirche noch heute den im Mittelalter verwirklichten Anspruch auf die Leitung, bezüglich Ueberwachung der Volks-, Gelehrten-Schulen und Universitäten, aber hier ist ihr Einfluß durch das Princip des Staatsunterrichtes auf das erheblichste beschränkt.

e) Die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirche. Zur Realisirung ihrer Zwecke bedarf die Kirche der erforderlichen äußeren Mittel. Sie muß daher ebenso wie der Staat eine bestimmte Finanzverwaltung und ein Finanzrecht haben. Gleichzeitig steht sie aber auch mit diesem Vermögen innerhalb des Staates und wird von dem Rechte desselben berührt. Die Vermögens- und Erwerbsfähigkeit der Kirche ist seit der Anerkennung derselben durch Constantin niemals in Frage gestellt worden. Während die Controverse, ob die Gesammtkirche oder das einzelne kirchliche Institut (Pfarrei, Bisthum, Capitel) als Eigenthümer der einzelnen Vermögensmassen anzusehen, im Sinne der letzten Alternative zu entscheiden und diese Annahme auch als gemeines deutsches Recht zu betrachten ist, haben einzelne Gesetzgebungen, so z. B. das preußische Landrecht, unzulässigerweise die protestantische Anschauung, daß nicht dem einzelnen Institut als solchem, sondern der Kirchengemeinde das Eigenthum zukommt, als geltendes Recht fixirt. Mit ihrem Vermögen steht die Kirche dem Staate wie jede andere physische Person gegenüber. Daher hat dasselbe den gleichen Anspruch auf Unverletzlichkeit, wie jedes andere Privateigenthum, — freilich ist dieser durch die mehrfach vorgekommenen Säcularisationen mitunter verletzt worden —, andererseits auch die Pflicht, die Staatslasten, wie jede andere Person, zu tragen. Die von der Kirche prätendirte Steuer- und Lastenfreiheit (immunitas) ist nie in vollem Umfange anerkannt gewesen und wird heute nur in sehr beschränktem Umfange gewährt. Hinsichtlich des vermögensrechtlichen Verkehrs unter-

steht die Kirche den Vorschriften des Civilrechts der einzelnen Länder, nur sind ihr in dieser Beziehung einerseits manche Privilegien vor den übrigen Personen (z. B. hinsichtlich der Vermächtnisse, Testamente, Verjährung, Ersitzung, restitutio in integrum) eingeräumt, andererseits ist sie aber insofern schlechter gestellt, als für den Erwerb von gewissen Vermögensstücken (z. B. von Grundstücken) oder von Zuwendungen über ein bestimmtes Maximum hinaus durch die s. g. Amortisationsgesetze die Einholung der staatsrechtlichen Genehmigung aus volkswirthschaftlichen Gründen vorgeschrieben ist.

Die der Kirche gehörigen Vermögensmassen (res ecclesiasticae) zerfallen in die res sacrae, d. h. diejenigen Sachen, welche (wie z. B. die Kirchen, Altäre, Altargeräthe u. s. w.) den Zwecken des Gottesdienstes unmittelbar dienen, und in die res ecclesiasticae, welche als bona de mensa oder beneficii zur Unterhaltung der Geistlichen oder als bona de fabrica zur Bestreitung der sächlichen Ausgaben des Gottesdienstes bestimmt sind. Abgesehen von den Einkünften und den Erträgnissen dieser einzelnen Massen bestehen aber für die Beschaffung der nöthigen pecuniären Mittel noch eine Reihe von Abgaben. Als eine allgemeine Kirchensteuer kann der Zehnte betrachtet werden, welcher nach kanonischem Recht dem Pfarrer und zwar von jeglichem Einkommen zusteht, der aber, schon früher in Deutschland nie innerhalb der Ausdehnung des kanonischen Rechts anerkannt, neuerdings durch die Grundentlastungs- und Ablösungsgesetzgebungen in Renten aus den dem Totalvermögen der Pfarreien hinzugetretenen Ablösungskapitalien verwandelt worden ist.

Für die Bestreitung der Ausgaben der obersten Kirchenleitung, sowie des Unterhaltes des Papstes und der römischen Curie dienen, außer den Einkünften des Kirchenstaates, die kraft des obersten Besteuerungsrechts des Papstes in Anspruch genommenen Annaten, d. h. die Abgaben von den der päpstlichen Verleihung unterworfenen Beneficien, und die Pallientaxen, welche jedoch heute im Vergleich zu früher eine wesentliche Beschränkung erlitten haben, sowie endlich die Dispenstaxen. Ebenso beziehen die Bischöfe dergleichen Einkünfte, von denen heute noch die Taxen für Ausfertigungen aus der bischöflichen Kanzlei, das cathedraticum oder synodaticum, eine zur Anerkennung der bischöflichen Jurisdiction von den Einzelkirchen geleistete Abgabe, das von den Beneficiaten zu leistende seminaristicum oder alumnaticum für die Unterhaltung der bischöflichen Seminarien und endlich das im Nothfalle allen mehr als den ausreichenden Unterhalt (portio congrua) beziehenden Pfründnern aufzuerlegende subsidium charitativum theilweise in praktischer Uebung sind. Als Einnahmequellen der Inhaber der Curatbeneficien endlich sind hier die schon früher besprochenen Stolgebühren zu erwähnen.

Besondere Vorschriften bestehen ferner über die Beschaffung der Mittel zur baulichen Unterhaltung der Kirchengebäude. Während für die Kathedralkirchen die Mittel aus dem Fondsgut, eventuell vom Bischof und dem Capitel nöthigenfalls unter Veranstaltung von Collecten beschafft werden müssen, haften hinsichtlich der Pfarrkirchen bei unzureichendem Vermögen derselben nach kanonischem Recht, welches aber vielfach durch die Particulargesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten modificirt ist, zunächst subsidiarisch diejenigen Personen, welche Einkünfte von der Kirche beziehen, also der Patron unter dieser Bedingung, der Zehntherr, der mehr als die Congrua beziehende Beneficiat, und zwar alle diese Personen in gleicher Linie nach Verhältniß ihrer Einkünfte; eventuell sind die Parochianen, für welche diese Pflicht gemeinrechtlich nur eine persönliche, keine Reallast ist, heranzuziehen, und ebenso kann der Patron, welcher keine kirchliche Einkünfte bezieht, unter dem Präjudiz des Verlustes seines Patronatrechts zum Bauen angehalten werden. Dieselben Grundsätze gelten, abgesehen von den durch die Beneficiaten selbst zu bewirkenden kleineren Reparaturen, auch für die Unterhaltung der Pfarrhäuser, während die der Kirchhöfe den Parochianen allein subsidiarisch zur Last fällt.

Außerdem erhält die katholische Kirche in Deutschland von den einzelnen Staaten, namentlich in Folge der auf dem säcularisirten Kirchengute haftenden Verpflichtung, noch Dotationen (so z. B. für die Bisthümer und Capitel). Endlich bestehen in einzelnen Ländern noch Fonds unter staatlicher und concurrirender kirchlicher Verwaltung (so der s. g. Religionsfonds in Oesterreich, der s. g. Intercalarfonds in Würtemberg), zu welchem namentlich die Einkünfte vacanter Beneficien bis zur Wiederbesetzung (die s. g. Intercalarfrüchte) fließen, und welche zur Deckung allgemeiner, aus anderen Mitteln nicht zu bestreitenden, kirchlichen Bedürfnisse bestimmt sind.

Die Verwaltung des kirchlichen Vermögens ruht in der Hand des Bischofs, jedoch steht die unmittelbare Administration des Pfarrvermögens dem Pfarrer in Concurrenz mit einzelnen dazu ausgewählten Gemeindegliedern (Kirchväter, vitrici, provisores, magistri fabricae) unter der Oberaufsicht des Bischofs, die des Capitelgutes dem Domcapitel zu. Die Befugnisse umfassen die laufende Verwaltung und die Verwalter stehen im wesentlichen den Vormündern gleich, wie denn auch die Kirche gegen ihre Handlungen gemeinrechtlich das beneficium in integrum restitutionis besitzt. Freilich sind diese kanonischen Grundsätze in vielen deutschen Staaten — nur in Preußen und Oesterreich finden sie Anwendung — nicht maßgebend, weil die staatlichen Behörden eine Controle oder einen directen Einfluß auf die Verwaltung des Kirchenvermögens ausüben.

Die Veräußerung kirchlicher Güter ist ohne weiteres gestattet, wenn es sich um Sachen unbedeutenden Werthes, Sachen, welche nach dem Laufe der geordneten Verwaltung alienirt werden, und endlich um heimgefallene Sachen handelt, welche stets in einer bestimmten Weise ausgeliehen worden sind (res infeudari oder in emphyteusin dari solitae). Sonst ist die Alienation, d. h. auch selbst jede dauernde Belastung des Kirchengutes, nur aus einer genügenden Ursache (necessitas, christiana charitas, evidens ecclesiae utilitas) zulässig. Ferner wird ein nach darüber erfolgter Untersuchung vom Bischof zu erlassendes decretum alienandi und die Zuziehung aller Interessenten, namentlich bei Sachen der Kathedrale, der mensa episcopalis, allgemeiner Institute die Einholung des Consenses des Capitels, beim Dotalgut der Patronatskirchen die Zustimmung des Patrons erfordert. Kraft ihres Eides sind die Bischöfe ferner bei Alienation von Mensalgütern verpflichtet, den Consens des Papstes einzuholen, dagegen ist eine Bestimmung, welche letzteren in allen Fällen verlangt, in Deutschland nicht praktisch geworden, indessen für Oesterreich durch das Concordat von 1855 wieder vorgeschrieben. Endlich ist meistens — nicht in Preußen — auch die Zustimmung des Landesherrn nöthig. Eine diesen Erfordernissen zuwider vorgenommene Veräußerung ist null und nichtig und kann sogar von dem Veräußerer selbst mit den geeigneten Rechtsmitteln (z. B. der Vindication) rückgängig gemacht werden.

C. Die Rechtsverhältnisse der Kirchenglieder.

Die Zugehörigkeit zur Kirche wird durch die Taufe erworben. Damit entsteht die kirchliche Rechtsfähigkeit, zugleich aber auch die Pflicht der Unterwerfung unter das Recht der Kirche. Da die katholische die Taufe der anderen christlichen Kirchen als gültig anerkennt und die Taufe nicht wiederholt werden darf, so gehören ihr die so Getauften von ihrem Standpunkt aus an, und es bedarf für diese zur Erlangung der activen Rechtsfähigkeit, d. h. nach dem modernen, staatlichen Sprachgebrauch, bei dem Uebertritt zur katholischen Kirche nur der Abschwörung der früheren Irrthums und der Ablegung des katholischen Glaubensbekenntnisses. Das katholische Recht erfordert für einen solchen Schritt das vollendete 7. Lebensjahr, während das staatliche Recht das s. g. Discretions-

jahr, d. h. das Jahr, mit dessen Erreichung der Einzelne die Confession wählen kann, höher, meistens auf das vollendete 14., mitunter das 18., ja sogar das 21. Lebensjahr, sowie ferner bestimmte Formen für die Erklärung des bezüglichen Entschlusses festgesetzt hat. Nach Maßgabe der Kirchengesetze hat jeder Katholik das Recht, an allen öffentlichen, rituellen und liturgischen Handlungen, namentlich an der Verwaltung der Sacramente theilzunehmen; andererseits aber auch die Pflicht, den von der Kirche gelehrten Glauben zu acceptiren, der Messe an Sonn= und Feiertagen beizuwohnen, mindestens jährlich einmal zur Osterzeit bei einem zur Verwaltung des Bußsacraments approbirten Priester die Beichte abzulegen, ebenfalls zu der gedachten Zeit das Sacrament des Altars, das Abendmahl, in seiner Pfarrkirche zu empfangen, sich der Bezeugung äußerer Mißachtung gegen die Kirche und der Störung ihrer Thätigkeit zu enthalten, und endlich in kirchlichen Dingen den ordnungsmäßigen kirchlichen Oberen (Papst, Bischof und Pfarrer) gehorsam zu sein.

Da die katholische Kirche die Ehe als Sacrament betrachtet, so nimmt sie für sich die Gesetzgebung und die Gerichtsbarkeit in Ehesachen in Anspruch und bestreitet dem Staate das Recht, kirchliche Ehehindernisse zu beseitigen, kirchlich gültige Ehen für ungültig zu erklären, und über Gültigkeit und Ungültigkeit der Ehe zu entscheiden. Somit sind die Katholiken dem Eherecht der katholischen Kirche ausschließlich unterworfen, ein Grundsatz, welcher allerdings in einzelnen deutschen Staaten (z. B. Baiern, Würtemberg, Sachsen) mit verschiedenen Modificationen anerkannt ist, während andere Staaten (z. B. Preußen, Oesterreich, Baden) ein eigenes staatliches, auch für die Katholiken maßgebendes Eherecht codificirt haben. Alle Gründe, welche dem Zustandekommen der Ehe entgegenstehen, werden Ehehindernisse (impedimenta matrimonii genannt). Diese sind entweder trennende (impedimenta dirimentia) oder aufschiebende (prohibentia, impedientia), je nachdem die trotz derselben factisch abgeschlossene Ehe als nichtige Verbindung erscheint oder wenngleich ihre Abschließung unerlaubt war, doch Gültigkeit behält; impedimenta publica oder privata, je nachdem die Geltendmachung im öffentlichen Interesse von Amts wegen erfolgt, oder dem Belieben des einen der Contrahenten überlassen ist. Trennende Ehehindernisse bilden der Mangel der nöthigen Geisteskräfte, der Mangel der pubertas (d. h. des 14., resp. 12. Lebensjahres), die Impotenz, im Consense liegende Fehler (wie Irrthum über die Person, Freiheit und über, jedoch auch nur über solche Eigenschaften, welche die Individualität der Person feststellen und sie als eine bestimmte von allen anderen aussondern, error qualitatis in personam redundans, Gewalt und Furcht, Nichteintritt der der Eheschließung beigefügten, statthaften Bedingung), Blutsverwandtschaft (in auf= und absteigender Linie in infinitum, in der Seitenlinie bis zum 4. Grade kanonischer Computation), Schwägerschaft in demselben Umfange, die aus dem Verlöbniß entstehende Quasi=Affinität bis zum 1. Grade, die geistliche, aus der Taufe und der Firmelung hervorgehende Verwandtschaft zwischen dem Taufenden und dem Pathen auf der einen, dem Täuflinge und dessen Aeltern auf der anderen Seite, die Adoptiv=Verwandtschaft, die bestehende gültige Ehe, der Empfang eines der höheren Weihegrade, die Profeßleistung in einem vom päpstlichen Stuhl approbirten Orden, die Religionsverschiedenheit (disparitas cultus) zwischen Getauften und Ungetauften (Juden, Muselmännern ꝛc.), und unter Umständen die Entführung (raptus), der Ehebruch und Gattenmord (impedimenta criminis s. adulterii, resp. conjugicidii). Zu den aufschiebenden Ehehindernissen gehört dagegen z. B. der Mangel des Aufgebotes und der der Einwilligung der Aeltern. Wo die Ehehindernisse nicht von selbst durch Veränderung der Umstände oder durch wiederholte fehlerfreie Consenserklärung fortfallen können, bedarf es der Dispensation, welche in Betreff der trennenden allein dem Papste zusteht.

Auch das der Ehe vielfach vorangehende Verlöbniß erachtet die katholische Kirche als eine das Sacrament der Ehe vorbereitende Handlung ihrer Gesetzgebung und Cognition unterworfen. Da dasselbe nach vortridentinischem Recht ebenso wie die Ehe durch nudus consensus gültig geschlossen werden konnte, so ging dasselbe (sponsalia de futuro) durch Vollziehung der copula carnalis in eine wirkliche Ehe (sponsalia de praesenti) über. Nach dem Tridentinum ist aber außer dem schon längst vor demselben üblich gewesenen Aufgebot, welches an drei auf einander folgenden Sonn- und Festtagen während des Gottesdienstes in der Pfarrkirche des Domicils der Brautleute erfolgen soll, bei Strafe der Nichtigkeit die Erklärung des ehelichen Consenses vor dem Pfarrer des Wohnortes der oder eines der zukünftigen Ehegatten und vor zwei oder drei Zeugen vorgeschrieben. Die Unterlassung der nachher gewöhnlich erfolgenden Einsegnung oder der Trauung hat keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Ehe. Die einmal geschlossene Ehe gilt nach dem katholischen Kirchenrechte als unauflöslich, jedoch erst von dem Zeitpunkt ab, wo die copula carnalis unter den Ehegatten erfolgt ist. Bis zu diesem ist eine Aufhebung durch Dispensation des Papstes, sowie durch den auch wider Willen des anderen Theiles zulässigen Eintritt in einen approbirten religiösen Orden gestattet. Abgesehen von der Nullitätserklärung, wodurch constatirt wird, daß der scheinbar vorhandenen Ehe ein dieselbe ausschließendes Hinderniß entgegenstand, kann sonst nur eine Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, nicht des Ehebandes erfolgen. Eine solche (separatio a thoro et mensa) darf auf Antrag des unschuldigen Theiles für immer wegen vollendeten Ehebruchs, sonst nur auf Zeit wegen anderer erheblicher Gründe durch Spruch des kirchlichen Gerichtes stattfinden. Hinsichtlich der Ehen der Ungetauften, für welche die auf dem ius divinum beruhenden eherechtlichen Vorschriften ebenfalls anwendbar erachtet werden, besteht die Vorschrift, daß wenn der eine Gatte sich zum Christenthum bekehrt hat und der ungläubige ihm auf seine Aufforderung nicht sine contumelia creatoris beiwohnen, d. h. dem Christen nicht die Befolgung der christlichen Religion und der christlichen Gebote gestatten will, der letztere eine anderweitige Ehe eingehen und damit die frühere aufheben darf.

Was endlich die Ehen zwischen Katholiken und den Angehörigen anderer christlicher Kirchen, namentlich den Protestanten betrifft, so steht diesen das impedimentum prohibens mixtae religionis entgegen und die katholische Kirche erachtet solche allen Bestimmungen ihres Eherechtes unterworfen. Zur erlaubten Eingehung einer derartigen Ehe ist erforderlich geistliche Dispensation, die aber in Deutschland die Bischöfe kraft besonderer Ermächtigung ertheilen, und ferner das eidliche Versprechen beider Theile, die Kinder in der katholischen Religion erziehen zu lassen, und ein eidliches Gelöbniß des nichtkatholischen Theiles, seinen Mitgatten in der Ausübung seiner Religion nicht zu hindern. Werden diese Bedingungen nicht erfüllt, so darf der katholische Pfarrer nur passiv bei der Eheschließung mitwirken, den Consens entgegennehmen, im umgekehrten Falle wird aber nach der in Deutschland tolerirten milderen, nicht dem strengen Recht entsprechenden Praxis die gewöhnliche feierliche Form angewendet. Die deutschen Staatsgesetzgebungen (z. B. Preußen), welche den gemischten Ehen kein Hinderniß in den Weg legen, übertragen für den Fall der verweigerten Mitwirkung des katholischen Pfarrers die Competenz auf den Geistlichen der anderen Confession oder die Sache erledigt sich dadurch, daß für die bürgerliche Gültigkeit der Ehe eine Erklärung vor staatlichen (s. g. Civilstands-) Beamten entweder unter allen Umständen (s. g. obligatorische Civilehe, z. B. in den Rheinlanden) erfordert wird, oder daß diese Form nach Belieben der Brautleute statt der kirchlichen gewählt (facultative Civilehe, z. B. in Oldenburg) oder endlich erst bei Unmöglichkeit der Erlangung der kirchlichen Trauung beansprucht werden kann (s. g. Nothcivilehe, z. B. in Würtemberg, Baden, jetzt auch Oesterreich). Ebenso sind die Staatsgesetzgebungen der Prätension der

Kirche auf die katholische Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen entgegengetreten, indem sie die Vertragsfreiheit der Aeltern in diesem Punkte anerkannt, und eventuell Theilung nach dem Geschlecht festgesetzt (so Oesterreich, Baiern) haben oder unter Nichtigkeitserklärung jedes derartigen Vertrages den Willen des Vaters, eventuell die Confession desselben (Preußen) entscheiden lassen.

Die Zugehörigkeit der Kirche kann nur durch den Tod des Individuums beseitigt werden. Der Abfall vom Christenthum oder der Uebertritt zu einer anderen Kirche bildet nach der katholischen Auffassung das Verbrechen der Apostasie und der Ketzerei, und wenngleich in Deutschland beides unter Aufhebung aller Pflichten gegen die verlassene Kirche nach staatlichem Rechte statthaft ist, so ist doch andererseits anzuerkennen, daß die Kirche unter solchen Umständen befugt ist, den betreffenden Individuen die kirchlichen Rechte abzusprechen.

Innerhalb der katholischen Kirche bestehen endlich Vereine, welche den religiösen Endzwecken der Kirche auf verschiedene Weise dienen. Die Erreichung der christlichen Vollkommenheit durch Ertödtung der Sinnlichkeit bildet das Ziel der s. g. Orden, deren Mitglieder sich zu einem gemeinsamen, genau geregelten Leben unter eigenen Vorgesetzten durch das dreifache, für die ganze Lebenszeit bindende Gelübde der persönlichen Armuth, der ehelosen Keuschheit und des freiwilligen Gehorsams verpflichten. Die Mitglieder (religiosi) können Männer oder Weiber, Kleriker oder Laien sein. Die Errichtung neuer Orden (eines s. g. ordo religiosus) erfordert die päpstliche Approbation und die eines neuen Hauses eines schon bestehenden Ordens die Zustimmung des Ordinarius und des Papstes, welchem letzteren allein auch die Aufhebung eines ganzen Ordens und eines einzelnen Ordenshauses zusteht. Während sich in Oesterreich das Ordenswesen frei entfalten kann, in Preußen nur der allgemeinen Vereinsgesetzgebung untersteht, bedarf in den meisten anderen Staaten die Zulassung neuer Orden, sowie die Errichtung neuer Ordenshäuser der staatlichen Genehmigung. Neben diesen eigentlichen Orden, welche der Einzelne nur nach Aufhebung seines Gelübdes wegen Nullität oder nach Dispensation des Papstes, nach manchen Landesgesetzen (so nach preußischem Landrecht) beliebig wieder verlassen kann, kommen noch s. g. congregationes religiosae, vor, welche namentlich die Zwecke des Unterrichtes, der Kranken= und Armenpflege verfolgen, und bei denen von den Mitgliedern (quasi regulares) mitunter zwar auch Gelübde auf Lebenszeit abgelegt werden, ohne daß diese letzteren (vota simplicia) aber alle dieselben Wirkungen wie die bei den Mönchsorden vorkommenden s. g. vota solemnia hätten. Wie diese Congregationen unter der Aufsicht der Bischofs, resp. des Papstes, stehen, ist dasselbe der Fall mit den einzelne kirchliche Zwecke verfolgenden Brüderschaften (confraternitates), welche sich von den Congregationen dadurch unterscheiden, daß hier keine Gelübde vorkommen, hinsichtlich des Eintrittes und des Austrittes vollkommene Freiheit herrscht, kein Zwang zur Erfüllung der Pflichten (abgesehen von dem indirecten Mittel der Ausschließung) stattfindet, und endlich das gemeinschaftliche Leben fehlt. —

D. Die Stellung der katholischen Kirche im Staate.

Die Anschauungen der Kirche über das Verhältniß der geistlichen zur weltlichen Gewalt, wie sie das Mittelalter entwickelt hat, sind schon oben (S. 126 ff.) besprochen. Wenngleich heute katholischerseits dem Staate nicht mehr der gottgewollte Ursprung abgesprochen, vielmehr seine Existenz mindestens mittelbar auf den Willen Gottes zurückgeführt wird, so wird doch auch noch heute die höhere Stellung der kirchlichen Gewalt mit der unmittelbaren göttlichen Stiftung der Kirche und mit ihren über das Irdische hinausreichenden

Zielen und Zwecken gerechtfertigt. Indem die katholische Kirche die oberste Macht in allen geistlichen und kirchlichen Angelegenheiten für sich kraft ihrer göttlichen Mission in Anspruch nimmt, negirt sie gleichzeitig praktisch den von ihr im Princip zugegebenen Grundsatz von der Souveränetät des Staates in weltlichen Dingen dadurch, daß sie sich das Recht beilegt, über die Abgrenzung der beiden Gebiete mit bindender Kraft zu bestimmen. Weil sie sich ferner als die ausschließlich berechtigte Gestaltung der christlichen Kirche ansieht, heißt ihre Forderung der vollkommen freien, ihren Normen entsprechenden äußeren Entfaltung praktisch nichts anderes, als mittelbare Herrschaft über den Staat und indirecte Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Religionsparteien. In Deutschland hat die Reformation und in Folge derselben der Augsburger Religions- und der Westphälische Frieden (bez. von 1555 und 1648) die staatliche Anerkennung der evangelischen Religionsparteien herbeigeführt und damit die Stellung der katholischen Kirche als ausschließlich berechtigter Form des religiösen Lebens beseitigt. Die Anwendung des in diesen Friedensschlüssen den Landesherren beigelegten s. g. ius reformandi, d. h. des Rechtes über die Confession ihres Territoriums zu bestimmen und die Angehörigen der anderen Confession, sofern diese nicht die Religionsübung in irgend einem Zeitpunkt des Jahres 1624 (des s. g. Normaljahres) gehabt hatten, aus dem Lande zu weisen, hat die Folge gehabt, daß sich seitdem die einzelnen deutschen Staaten in katholische und protestantische schieden, in welchen die Anhänger der anderen Religionspartei theils auf Grund des Westphälischen Friedens, theils in Folge der Toleranz des Landesherrn in verschiedenem Umfange zur Religionsübung berechtigt waren. Die Säcularisationen des Jahres 1803 haben aber dieses Verhältniß dadurch, daß sie katholische Gebietstheile in großer Anzahl an protestantische Landesherren brachten, umgestaltet und kraft der in Folge dessen ergangenen particulären Rechtsnormen stehen sich seitdem in den meisten deutschen Staaten die katholische und protestantische Kirche mit paritätischer Berechtigung gegenüber und beide haben das s. g. exercitium religionis publicum, d. h. das Recht, ihren Cultus und ihre Verfassung als Theil des öffentlichen Lebens unter corporativer Berechtigung frei zu entfalten. Nichtsdestoweniger hat die staatliche Gewalt in Uebereinstimmung mit manchen schon seit dem 16. Jahrhundert vorkommenden Vorgängen, und beeinflußt von protestantischen und gallicanischen Anschauungen, nicht nur im 18. Jahrhundert in Oesterreich durch die Gesetzgebung Josephs II. und in Preußen durch das allgemeine Landrecht (1794), sondern auch noch bis in die erste Hälfte dieses Jahrhunderts hinein, durch polizeiliche Bevormundungsmaßregeln und durch directe Betheiligung an der Verwaltung der kirchlichen Dinge die vollkommene Entfaltung der Verfassung der katholischen Kirche und die freie Bewegung ihrer Organe gehindert. Die letztere hat zwar ihren Widerspruch dagegen nie unterlassen, aber erst die Bewegungen des Jahres 1848 haben denselben gesteigert und eine Reaction hervorgerufen, welche meistens die positive Betheiligung der Staatsgewalt an der Leitung der Kirche beseitigt, ja sogar wie in dem freilich jetzt in Oesterreich theilweise durch die Gesetze vom 25. Mai 1868 aufgehobenen Concordat von 1855 zu einer fast völligen Wiederherstellung des kanonischen und zu einer Beeinträchtigung des staatlichen Rechts geführt hat.

Principiell läßt sich vom Standpunkte der modernen Anschauungen, welche mehrere Religionsgemeinschaften im Staate nebeneinander als berechtigt anerkennen und dem Staate eine selbstständige, alle ihm unterstehende Verhältnisse regulirende Macht zugestehen, ein in der Souveränetät liegendes Recht, auch die Verhältnisse der Kirche zu normiren, das s. g. ius circa sacra (Kirchenhoheit), nicht negiren. In Folge der historischen Entwickelung in Deutschland, wo die katholische Kirche ein Theil des öffentlichen Lebens geworden ist, wird sich aber dieses Majestätsrecht nur insoweit äußern dürfen, als der Staat eine Aufsicht

über die katholische Kirche und ein Recht der Abwehr (ius inspiciendi, cavendi) beanspruchen darf, um es zu verhindern, daß eine Corporation, welche er selbst mit einer Reihe von Privilegien ausgestattet hat, Tendenzen verfolgt und realisirt, welche seine eigene Existenz oder die von ihm garantirten Rechte beeinträchtigen. Damit ist dem Staat, sofern ihn nicht besondere Titel berechtigen, die Befugniß zu positiver Regelung der kirchlichen Angelegenheiten abgesprochen und ihm eine rein negative Stellung eingeräumt. Andererseits ist damit freilich auch die Grenze der Ansprüche der Kirche an den Staat bezeichnet; diese kann ihrerseits nur verlangen, daß der erstere sie auf ihrem Gebiete frei gewähren läßt, nicht aber, daß er ihre Rechtsordnung mit staatlicher Gewalt (z. B. das katholische Eherecht, den Cölibat ꝛc.) durchführt und daß er sich der Regelung solcher Verhältnisse, welche ihn ebenso gut wie die Kirche tangiren (z. B. der Ehe), ganz enthält. Während noch Anfang dieses Jahrhunderts das Aufsichtsrecht sich gerade in der Anwendung präventiver Maßregeln (z. B. Ueberwachung des Verkehrs mit dem päpstlichen Stuhle, Handhabung des Placet, d. h. der Genehmigung zu Erlassen der kirchlichen Autorität, Consens bei der Anstellung der kirchlichen Beamten) bethätigte, ist man neuerdings vielfach (wie die vorangehende Darstellung gezeigt haben wird) von diesen praktisch wenig nützenden und leicht den Charakter einer gehässigen Bevormundung annehmenden Maßregeln (so namentlich in Preußen) abgegangen und wendet statt dessen Repressivmaßregeln an, für welche aber in Deutschland ein zweckentsprechendes System noch nicht ausgebildet ist.

Daß der Staat befugt ist, die Normen über die hier besprochenen Verhältnisse allein zu treffen, unterliegt keinem Zweifel. Ein vorgängiges Einvernehmen mit der Kirche hat bei der Schwierigkeit, die von verschiedenen Grundanschauungen ausgehenden Ansprüche des modernen Staates und der katholischen Kirche auszugleichen, gewiß seine vollkommene Berechtigung, man ist aber in einzelnen Staaten (so 1817 in Baiern, 1855 in Oesterreich, 1857 in Würtemberg, 1859 in Baden) so weit gegangen, die hier in Frage kommenden Punkte durch sich formell als Verträge darstellende Vereinbarungen (s. g. Concordate) zu regeln. Ueber die rechtliche Natur derselben ist viel gestritten worden, aber so vielfach auch die Vertragsnatur vertheidigt ist und so sehr auch das Abgehen von einer solchen Vereinbarung nur für den Nothfall zu befürworten ist, weil der Staat sich dem Vorwurfe des Vertragsbruches dabei aussetzt, muß doch vom Standpunkte des modernen Staatsrechts aus behauptet werden, daß ein Vertrag mit der Kirche, welcher ihre Rechtsverhältnisse nur soweit betrifft, als sie innerhalb der Grenzen des einzelnen Staates steht, obgleich sie ihm insofern schon und an und für sich unterthan ist, ebenso wenig gültig geschlossen werden kann, als ein Contract zur Ausübung der Gesetzgebung in bestimmter Weise und Richtung mit einem andern Unterthan denkbar ist. Weil es sich hier lediglich um Ausübung der inneren Gesetzgebung handelt, liegt in einem solchen Binden des staatlichen Willens ein unzulässiges Aufgeben der Souveränetät, dessen Statthaftigkeit durch den Hinweis auf völkerrechtliche Verträge, z. B. auf Handelsverträge, nicht gerechtfertigt werden kann, weil diese kündbar sind, also immer wieder durch den Willen des einen Theils beseitigt werden können. Aus demselben Grunde folgt auch, daß da, wo constitutionelle Einrichtungen bestehen, sich die Frage nach der erforderlichen Zustimmung der Landesvertretung lediglich nach den Grundsätzen über die Ausübung der inneren Gesetzgebung, nicht nach den Regeln über die Abschließung von Verträgen mit fremden Regierungen beantwortet.

III. Das Recht der evangelischen Kirche.

A. Dogmatische Grundlagen.

Sowohl die lutherischen als die reformirten Bekenntnisse definiren die Kirche als die Gemeinschaft der Gläubigen und ferner als die Gemeinschaft der Lehre und der Sacramente, als der äußeren Zeichen und Mittel, an denen die Gemeinschaft erkannt, resp. durch welche sie bewirkt wird. Die göttlichen Vollmachten, die s. g. potestas clavium, unter welcher die evangelische Kirche aber im Gegensatz zur katholischen etwas Engeres versteht, nämlich den Auftrag zur Predigt des Wortes, zur Verwaltung der Sacramente, zur Vergebung und Behaltung der Sünden, sowie zur Ausschließung der Gottlosen aus der christlichen Gemeinschaft, sind nach der übereinstimmenden lutherischen und reformirten Lehre nicht einem bestimmten Stande, sondern unmittelbar der ganzen Kirche übertragen. Mit dem Grundprincip der Reformation, der Rechtfertigung durch das Verdienst Christi und den inneren Glauben, war zugleich die Verwerfung der katholischen Lehre von dem besonders befähigten, heilvermittelnden Priesterthum gegeben, und das neutestamentliche allgemeine Priesterthum aller Gläubigen, d. h. die Befugniß jedes Einzelnen, sich selbst das Heil zu erwerben und die Befähigung, die göttlichen Vollmachten auszuüben, wieder in sein evangelisches Recht eingesetzt. Die Functionen des allgemeinen Priesterthums können aber nicht von Jedem beliebig wahrgenommen werden, vielmehr besteht nach weiterer Lehre der Bekenntnisse kraft göttlicher Anordnung das Predigtamt (ministerium verbi divini), welches die Schlüsselgewalt der Kirche handhabt und diese dabei repräsentirt. Weil aber der letzteren die potestas clavium in erster Linie zukommt, so hat sie die Träger des Amtes zu bestellen und da diese keiner besonderen spirituellen Befähigung bedürfen, noch eine solche haben können, so ist die Ordination der evangelischen Kirche nichts anderes, als die feierliche und öffentliche Bezeugung der ordnungsgemäßen Berufung und der Fähigkeit zur Ausübung des Amtes durch den Berufenen. Andere Einrichtungen sind der evangelischen Kirche nicht wesentlich und göttlich vorgezeichnet, es liegt also somit keineswegs die Nothwendigkeit vor, daß sie ihre Verfassung in ein- für allemal festbestimmten Formen entwickelt, vielmehr hat sie innerhalb der durch die oben dargelegten Grundanschauungen gegebenen Grenzen in dieser Hinsicht vollkommene Freiheit, und insbesondere kann davon nicht die Rede sein, daß, wie man behauptet hat, das Lehramt oder der Landesherr kraft göttlichen Rechtes zur äußeren Leitung der evangelischen Kirche berufen sei. Thatsächlich hat denn auch eine verschiedene Entwickelung innerhalb der evangelischen Kirche stattgefunden, deren wesentliche Richtungen jetzt zum Verständniß der heute bestehenden Einrichtungen zu charakterisiren sind.

B. Die Verfassungsentwickelung.

§. 1. Im Gebiete der sächsischen Reformation. Wenngleich jeder kleinen Gemeinschaft von Personen, bei welcher die wesentlichen Requisite des Kirchenbegriffes vorliegen, die Eigenschaft als Kirche nicht abzusprechen ist, so kann doch die Ortskirche oder die Localgemeinde den eine Fülle geistiger und materieller Kräfte erfordernden Aufgaben nicht genügen und die Natur der Verhältnisse hat fast überall zur Ausbildung größerer kirchlicher Gemeinschaften geführt. Auch die Reformatoren sind stillschweigend von der Voraussetzung einer größeren Gemeinschaft ausgegangen und das um so zweifelloser, als ihr eigentliches Ziel nicht die Gründung einer neuen Kirche neben der alten, sondern die

Reformirung der letzteren gewesen ist, wie das die mannichfachen Versuche, die Bischöfe auf die Seite der Reformation herüberzuziehen, und die Erklärung, das Regiment derselben, zwar nicht als eine göttliche, aber als eine löbliche menschliche Ordnung anerkennen zu wollen, beweisen. Noch vor der völligen Aussichtslosigkeit dieser Bestrebungen trat aber das Bedürfniß nach einer äußeren leitenden und ordnenden Macht hervor. Thatsächlich waren dazu die weltlichen Obrigkeiten, insbesondere die Landesherren, am meisten geeignet, weil sie bei der Auflösung der katholisch kirchlichen Einrichtungen allein einen festen Halt boten, vielfach mit der Reformation vorangegangen waren, und in Folge des Reichsabschiedes zu Speier von 1526, welcher die Entscheidung über die Duldung der neuen Lehre in die Hände der Territorialherren legte, namentlich aber nach der Aufhebung desselben und des Verbotes von Neuerungen über den augenblicklichen status quo hinaus, der Bestand der Reformation lediglich von den deutschen Landesherren abhängig gemacht war. Diese thatsächlich entscheidende Stellung der Landesherren fand schon in den früher geübten Vogtei- und Patronatsrechten, aus denen die Pflicht, die Kirche vor Irrlehren und vor der Vergewaltigung der eigenen Geistlichen zu schützen, hergeleitet werden konnte, ihre innere Begründung. Ferner wurde von den Reformatoren die Legitimation der weltlichen Obrigkeit zur Kirchenleitung in dem Umstande gefunden, daß wie jeder Christ mit allen seinen Mitteln und Kräften für die reine Lehre und ihre Sicherstellung zu wirken verbunden sei, so vor allem der Landesherr als membrum praecipuum der Kirche seine fürstliche Macht den Zwecken des Evangeliums dienstbar machen müsse und endlich wurde jene Berechtigung auf die der christlichen von Gott eingesetzten Obrigkeit als solcher, als Wächterin der beiden Tafeln der zehn Gebote, obliegenden Verpflichtung, für die rechte Verehrung Gottes und für die Anstellung frommer Diener des Herrn zu sorgen, basirt. Außer diesen Begründungen, bei welchen der Gedanke an die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Existenz mehrerer in demselben Staate berechtigten Religionsgemeinschaften und der Scheidung der Kirchenhoheit von dem Kirchenregiment der Stufe der damaligen Entwickelung gemäß noch vollkommen fehlt, fand man später auch in der Bestimmung des Augsburger Religionsfriedens von 1555, welche die Jurisdiction der katholischen Bischöfe über die Evangelischen suspendirte, ein reichsstaatsrechtliches Fundament für die Leitung der kirchlichen Angelegenheiten durch die Territorialherren, weil man diese Vorschrift als eine directe Uebertragung der bischöflichen Jurisdiction auf dieselben auffaßte. Zugleich wurde durch dieses Reichsgesetz der bis dahin staatsrechtlich schwankende Begriff der christlichen Obrigkeit — hatten doch früher auch vielfach Glieder des Herrenstandes und die Magistrate landsässiger Städte das Evangelium eingeführt und kirchliche Ordnungen fixirt — auf die reichsunmittelbaren weltlichen Gewalten eingeschränkt und die Bezeichnung der dem Landesherrn zustehenden kirchlichen Befugnisse als jus episcopale, als bischöfliche Machtvollkommenheit, hervorgerufen. Seitdem galt das Kirchenregiment in der evangelischen Kirche als Annexum der Landeshoheit. Allerdings haben die Reformatoren das landesherrliche Kirchenregiment als eine nur zunächst provisorische und bedingte Einrichtung betrachtet, und dasselbe kann daher, wenn es auch in der Entwickelung der evangelischen Kirche seine historische Berechtigung hat und den Principien der Reformation nicht widerspricht, nicht als die alleinige, denselben entsprechende Form der Verfassungsgestaltung angesehen werden.

Für die Organisation des neuen Kirchenwesens sind im Gebiete der lutherischen Reformation die Einrichtungen in Sachsen maßgebend geworden. Im J. 1527 wurden hier als ständige Aufsichtsorgane über die Lehre, die Amtsführung und den Wandel der Geistlichen ihres Kreises, sowie mit einem gewissen Antheil an der Ehejurisdiction die s. g. Superintendenten — ein Amt, welches sich zuerst in der von Bugenhagen verfaßten Stral-

funder Kirchenordnung von 1525 findet — eingesetzt. Damit war dem sich immer mehr geltend machenden Bedürfniß nach einer festen Ordnung nicht genügt und so wurde auf Grund eines von Justus Jonas verfaßten Gutachtens 1542 zur Einsetzung einer ständigen landesherrlichen Behörde in Wittenberg, in Erinnerung an die früheren bischöflichen Gerichte Consistorium genannt, geschritten. Zusammengesetzt aus Theologen und Laien (Juristen), hatte dasselbe die Aufsicht über die Lehre und Gleichförmigkeit der Ceremonien, über den Wandel der Geistlichen mit dem Rechte der Entsetzung derselben, die Aufsicht und Handhabung der Zucht in den Gemeinden, die Aufsicht über die kirchlichen Gebäude und das Kirchenvermögen, so wie die Gerichtsbarkeit in Ehesachen. Es blieb also nur ein Theil von Befugnissen (die s. g. iura reservata, wie z. B. Gesetzgebungsrecht) in der Hand des Landesherrn, bei deren Ausübung ihm die politische höchste Behörde (der Geheime Rath, die Regierung u. s. w.) zur Seite stand. Die Consistorien sind unter Verdrängung des zunächst vereinzelt stehen gebliebenen bischöflichen Regiments in Preußen und Brandenburg ein Gemeingut der einzelnen deutschen Landeskirchen geworden und bilden noch heute in den meisten die ordentlichen Behörden für die ständige Verwaltung. Im 16. Jahrhundert hatte demnach die Verfassung ihren Abschluß dahin gefunden, daß an der Spitze der Kirche der Landesherr stand, unter ihm die Consistorien, diesen untergeordnet die Superintendenten und endlich als Mittelpunkt der Einzelgemeinden die Pfarrer. Für die Gemeinden ist das Princip des allgemeinen Priesterthums nicht durch Gewährung von activen Rechten praktisch verwerthet, und wenn anfänglich die Betheiligung einzelner Mitglieder bei der Handhabung des Bannes vorgekommen ist, die Gemeinde bei der Besetzung der Pfarrstelle ein Einspruchsrecht gegen die Person, die Lehre und den Wandel des designirten Geistlichen behalten hat, auch bei der Verwaltung des Kirchenvermögens einzelne, freilich nicht einmal selbst gewählte Gemeindeglieder (s. Kirchenväter, Juraten) concurrirten, so blieb die Gemeinde doch wesentlich Object und geographischer Bezirk, an und in welchem das Amt seine Mission vollzog.

Die Principien der lutherischen Consistorialverfassung hat die lutherische Dogmatik theoretisch in der Dreiständelehre formulirt. Man nahm an, daß in der Kirche drei Stände, der s. g. status politicus, status ecclesiasticus und status oeconomicus vorhanden seien. Der erste, der Regierstand, der Fürst, habe die äußere Leitung, der zweite, der Lehrstand, welcher als solcher in der entwickelten Verfassung keine Organisation gefunden hatte, aber in Folge der ihm innewohnenden Kenntniß der Lehre immerhin eine wichtige Stellung einnahm, die Verwaltung des Amtes der Schlüssel; dem Hausstand (Stand der Hausväter) schrieb man endlich die Familienseelsorge zu. In Folge der Richtung der lutherischen Kirche auf die Reinheit der Lehre wurde jene Theorie (zum s. g. Episcopalsystem) in der Weise umgewandelt, daß der Landesherr, dessen Gewalt zwar auf den Augsburger Religionsfrieden zurückgeführt, aber jetzt als Restitution einer ihm unrechtmäßig entzogenen Macht angesehen wurde, bei der Handhabung des äußeren Regiments sich des Rathes des Lehrstandes und der Consistorien bedienen soll. Ja später hat man, so namentlich der Jurist Ben. Carpzov und der Theologe Joh. Ben. Carpzov, das Urtheil über die Lehre als ausschließliche Befugniß des Lehrstandes angesehen und das Postulat aufgestellt, daß die Richtung des Kirchenregiments lediglich durch den letzteren bestimmt werden müsse, und dem dritten Stande, den man durch den Regierstand in seinen Rechten vertreten erklärte, nur das Recht (!) der Aneignung der Maßregeln des Kirchenregiments — ohne die entsprechende Befugniß der Verwerfung derselben — zugestanden. Dieser Theorie gegenüber trat eine andere auf, welche an die naturrechtliche Auffassung von der vertragsmäßigen Entstehung des Staates anknüpfend, alle Rechte des Fürsten aus dem Staatsvertrage und dem Naturrechte ableitete und dem-

selben ohne Rücksicht auf seine Confession damit die Befugniß beilegte, auch den äußeren Frieden in Religionssachen aufrecht zu erhalten und in die das äußere Gebiet berührenden religiösen Dinge entscheidend einzugreifen, weil es allein dem Fürsten zukomme, Gesetze zu machen, und dem Bekenntnisse keine rechtliche Autorität innewohne. Indem diese Auffassung den Begriff der Kirche als einer eigenthümlichen Lebensordnung negirt und dieselbe in einzelne Gesellschaften, bestimmt für den Zweck der Predigt, auflöst, sowie die kirchliche Lehre als etwas rein Irrelevantes für den Staat ansieht, empfiehlt sie dem Fürsten die ausgedehnteste Toleranz und will sein Verhalten gegenüber der Kirche lediglich durch die Regeln der Klugheit und Politik bestimmt wissen. Außer dem eben besprochenen, in seiner letzten Gestaltung auf Thomasius zurückführenden s. g. Territorialsystem trat Anfang des 18. Jahrhunderts eine andere Lehre, das s. g. Collegialsystem hervor, welches den Begriff der Gesellschaft gerade auf die Kirche anwandte und dessen Hauptbegründer der Tübinger Kanzler Pfaff gewesen ist. Die Kirche wird als eine freie Gesellschaft gleichberechtigter Mitglieder aufgefaßt und ihr das Recht der Ordnung ihrer eigenen Angelegenheiten, die iura collegalia in sacra, also die Bestimmung ihres Bekenntnisses, ihres Gottesdienstes, ihrer Disciplin u. s. w. beigelegt. Der weltlichen Obrigkeit wird principiell nur das ius circa, d. h. das Recht der Aufsicht zugestanden, aber — um die Uebereinstimmung mit den praktisch vorhandenen Zuständen herbeizuführen — weiter angenommen, daß die Handhabung der iura in sacra durch stillschweigendes Mandat auf den Fürsten übergegangen sei, dieser also zwei verschiedenartige, auf verschiedenen Gründen beruhende Gewalten in seiner Hand vereinige.

Perioden der kirchlichen Verfassungsgeschichte oder abweichende Typen einer gleichzeitigen Verfassungsentwickelung bezeichnen diese Systeme nicht, sie sind nur Theoreme gewesen, welche den vorhandenen Zustand principiell zu erklären suchten. Praktisch äußerten sie aber insofern Wirkung, als die Handhabung des Kirchenregiments und die Ausbildung des kirchlichen Rechts je nach der Adoption des einen oder anderen Systems eine verschiedene sein mußte. Im großen und ganzen ist seit dem 18. Jahrhundert von den einzelnen Landesherren das Kirchenregiment territorialistisch fortgeführt worden, man behandelte die Kirche als eine Sittlichkeits- und Polizei-Anstalt, die Consistorien als Staatsbehörden und die Geistlichen als Staatsbeamte für die Cultusangelegenheiten, ja zu Ende des vorigen und Anfang dieses Jahrhunderts wurden die Consistorien entweder ganz beseitigt (z. B. in Preußen) oder ihr Wirkungskreis mindestens erheblich beschränkt.

In Folge der unionistischen Bestrebungen und der Bewegungen des Jahres 1848 ist in den meisten deutschen Landeskirchen, theils unter Herübernahme reformirter Verfassungseinrichtungen, den Gemeinden ein gewisser Einfluß auf die Verwaltung ihrer kirchlichen Angelegenheiten wieder eingeräumt, theils ein besonderer kirchlicher Organismus durch Wiedereinführung von Consistorien und diesen übergeordneten höheren Immediatbehörden (Oberkirchenräthen, Oberconsistorien u. s. w.) errichtet worden.

§. 2. Die schweizerische Reformation. Unter den beiden, der auf Zwingli und der auf Calvin zurückführenden Richtungen ist nur die letztere über die Schweiz hinaus von bedeutenden Folgen gewesen. Calvin, welcher die Ordnung des Staates und der Kirche scharf auseinander hielt, aber andererseits von der Nothwendigkeit der gegenseitigen Förderung beider ausging, verlangte ein von der bürgerlichen Obrigkeit unterschiedenes, specifisch geistliches, aber nicht klerikales Regiment für die Leitung der Kirche, inbesondere für die hauptsächlichste Function derselben, die Handhabung der Kirchenzucht. Für die Organisation der Kirche ging er auf die im neuen Testamente sich findenden Nachrichten über die Einrichtung der ältesten Christengemeinden zurück und suchte diese, ohne sie freilich für heilsnothwendig zu erklären, in den von ihm für die

Genfer Kirche entworfenen und zur Ausführung gelangten Ordonnances ecclésiastiques de Genève von 1541 nachzubilden. In diesen werden vier Aemter unterschieden: Das Amt der pasteurs, mit der Befugniß „d'annoncer la parole de dieu pour endoctriner, admonester, exhorter et reprendre tant en public qu'en particulier, administrer les sacremens et faire les corrections fraternelles avec les anciens ou commis“, das Amt dieser letzteren, bestimmt „de prendre garde sur la vie de chacun, d'admonester aimablement ceux qu'ils verront faillir et mener vie desordonnée; et là où il en seroit mestier faire rapport à la compagnie qui sera députée pour faire les corrections fraternelles et lors les faire communement avec les autres“, das Amt der diacres, eingesetzt zur Verwaltung des Armengutes und der Handhabung der Kranken- und Armenpflege, endlich das Amt der docteurs für die Unterweisung der Gläubigen in der reinen Lehre. Sämmtliche Pfarrer und Aelteste zusammen bilden das consistoire oder das iudicium ecclesiasticum, dessen Beruf die Uebung der Zucht bis zur Excommunication ist. Die Aeltesten haben insofern auch eine seelsorgerische Thätigkeit, als sie jährlich mit den Pastoren Hausbesuche machen sollen, um den Glaubenszustand zu prüfen. Die Grundidee dieser Aeltesten- oder Presbyterial-Ordnung ist die, ein schriftmäßiges Organ für die Kirchenzucht zu schaffen, welches das Einseitige und das Gehässige einer blos klerikalen Zucht vermeidet. Das allgemeine Priesterthum aller Gläubigen ist zur Begründung dieser Einrichtung nicht herangezogen, und auch der Gemeinde auf Grund desselben kein weiteres Recht gegeben, denn wenngleich diese bei der durch die Geistlichkeit vorzunehmenden Besetzung der vacanten Pastorenstellen das Recht der Zustimmung hat, so werden doch die Aeltesten aus den und durch die Rathscollegien unter Mitwirkung der Geistlichkeit bestellt, ein Modus, welcher mit den Grundanschauungen Calvins über das Verhältniß zwischen weltlicher und geistlicher Obrigkeit nicht übereinstimmt, und auch hier den überwiegenden Einfluß der staatlichen Gewalt darthut.

Die weitere maßgebende Umbildung und Fortentwickelung hat die Presbyterialordnung in den reformirten Gemeinden Frankreichs empfangen. Hier, unter einer katholischen Obrigkeit, fiel jeglicher Staatseinfluß auf die Ordnung der kirchlichen Dinge fort und in den zerstreut existirenden Einzelgemeinden mußte für jede ein besonderes consistoire errichtet werden, so daß dasselbe hier als reines Gemeinde-Organ erschien. Das Bedürfniß nach einer Vereinigung der Einzelgemeinden und eines höheren Leitungsorgans führte zu der ersten französischen Nationalsynode zu Paris (1559), welche die discipline ecclésiastique des églises réformées de France entwarf und als naturgemäßes Complement der Presbyterial-, die Synodal-Verfassung einführte. Als höhere Instanz über den Consistorien der Einzelgemeinden ist die Provinzialsynode organisirt, welche von den Geistlichen nebst je einem Aeltesten und Diacon der zur Provinz gehörigen Gemeinden beschickt wird und zweimal jährlich zusammentritt. Das oberste leitende und gesetzgebende Organ bildet die nach Bedürfniß zusammentretende Generalsynode, auf welcher bald nur die von der Provinzialsynode deputirten Geistlichen und Aeltesten zu erscheinen hatten. Endlich ist 1567 beziehungsweise 1572 noch ein Mittelglied zwischen die Provinzialsynode und die Einzelgemeinde, das s. g. colloque, in Deutschland später Classikal- oder Kreissynode genannt, eingeschoben, auf welches ein Theil der wichtigsten Rechte der Consistorien übertragen wurde. In der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts haben sich die hauptsächlich aus reformirten holländischen, englischen und französischen Flüchtlingen gebildeten Gemeinden in den Rheinlanden nach diesem Vorbilde zunächst im Verbande mit den Niederlanden, seit 1610 indessen unter Lösung dieses Zusammenhanges organisirt. Später aber ist in diesen Gebieten (also in Jülich, Cleve, Berg, Mark u. s. w.)

die Verfassung theilweise durch das nach dem Erwerb dieser Lande von Brandenburg, resp. Preußen festgehaltene landesherrliche Kirchenregiment modificirt worden. So ist denn hier eine Mischform zwischen der Presbyterial- und Synodal-Verfassung einerseits und der landesherrlich-consistorialen angebahnt worden, welche für jene Gegenden in der rheinisch-westphälischen Kirchenordnung vom 5. März 1835 eine Neugestaltung erfahren hat und welche auch in den meisten andern deutschen Landeskirchen entweder schon eingeführt ist oder vorbereitet wird.

C. Das geltende Recht.

§. 1. Die Rechtsquellen der evangelischen Kirche. Aus der vorstehenden Uebersicht der Verfassungsentwickelung ergibt sich, daß als hauptsächlichste Quelle für das Recht der evangelischen Kirche in Deutschland die einzelnen Gesetze der Landesherren in Betracht kommen, die Bibel und die evangelischen Bekenntnißschriften sind mehr Schranken für die Rechtsgestaltung als daß sie positive Normen für dieselbe gewähren. Das corpus iuris canonici hat nur insoweit Geltung, als ihm diese nicht durch die Staatsgesetzgebung direct oder indirect abgesprochen worden und als seine Bestimmungen nicht Ausfluß eines specifisch katholischen Dogma's oder eines specifisch katholischen Institutes sind.

§. 2. Unirte und nicht unirte Landeskirchen. Die Bestrebungen nach Vereinigung der beiden evangelischen Schwesterkirchen haben in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts zu der s. g. Union, zu der Verbindung beider zu einem gemeinschaftlichen Kirchenwesen mit gegenseitiger Abendmahlsgemeinschaft und einheitlicher Kirchenverwaltung geführt, so z. B. von 1817—22 in Preußen, Nassau, Rheinbaiern, Baden, Rheinhessen, allerdings mit der Verschiedenheit, daß in einzelnen Landeskirchen die Autorität und Selbstständigkeit der beiden Bekenntnisse gewahrt geblieben, die Differenz aber nicht als Grund gilt, sich gegenseitig die äußere kirchliche Gemeinschaft zu versagen (so in Preußen, wo indessen auch nicht der Union beigetretene lutherische und reformirte Gemeinden sich dem gemeinschaftlichen Kirchenregiment unterworfen haben), oder daß als maßgebendes Bekenntniß nur die Uebereinstimmung der Symbole angesehen wird (s. g. Consensus-Union z. B. in Baden) oder daß man ganz von den Bekenntnissen abgesehen und nur die heilige Schrift als Grundlage (so früher in Rheinbaiern) bezeichnet hat. In anderen Ländern sind einzelne reformirte Gemeinden in die lutherische Kirche aufgenommen worden (so in Sachsen-Weimar und Würtemberg), womit denn auch eine der preußischen ähnliche Union bewirkt ist, oder es stehen zwar die Reformirten neben den lutherischen Landeskirchen (so in Hannover, Sachsen, Baiern diesseits des Rheins) mit der Berechtigung zur öffentlichen Religionsübung, sie sind aber der leitenden Behörde der lutherischen Kirche untergeordnet. Dagegen bilden in Preußen die sich von der Landeskirche separirt haltenden Altlutheraner auf Grund der General-Concession von 1845 ein selbstständiges Kirchenwesen.

§. 3. Der Verfassungs-Organismus. a) Das landesherrliche und consistoriale Kirchenregiment. Nach der historischen Entwickelung gilt das landesherrliche Kirchenregiment als Annexum der Souveränetät, wenngleich es kein Ausfluß derselben ist. Ursprüngliche Voraussetzung desselben war die Einheit des Bekenntnisses im ganzen Lande und Uebereinstimmung des letzteren mit dem des Fürsten. Zunächst hat man aber davon bei reformirten Landesherren gegenüber der lutherischen Kirche und umgekehrt abgesehen, ja selbst dem katholischen Landesfürsten das ius episcopale seit dem 17. Jahrhundert zugeschrieben, und dieser Widerspruch ist nur dadurch gemildert worden, daß man eigene oberste leitende protestantische Behörden (in Sachsen die in evan-

gelicis beauftragten Minister, in Baiern das Oberconsistorium, in Oesterreich den Oberkirchenrath, mit der Leitung der evangelischen Kirche betraut und die Rechte des Landesherrn im wesentlichen nur auf eine formelle Sanction beschränkt, also das ius episcopale wenn auch nicht ganz aufgehoben, doch hinsichtlich seines Umfanges fast auf ein staatliches Aufsichtsrecht reducirt hat.

Der von den Reformatoren aufgestellten Forderung, daß der protestantische Landesherr das Regiment im Sinne der Kirche und nach kirchlichen Gesichtspunkten führe, hat man in neuerer Zeit dadurch gerecht zu werden gesucht, daß man für die Ausübung der dem Landesherrn vorbehaltenen Rechte unter demselben stehende höchste Immediat-Behörden (gewöhnlich Ober-Kirchenräthe genannt) geschaffen hat (so in Oldenburg, Baden, Mecklenburg-Schwerin). Ihr Ressort ist mitunter (in Preußen) in Folge der principlosen Scheidung zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten auf die ersteren eingeschränkt, so daß die letzteren (Aufsicht über das Kirchenvermögen, Kirchhöfe u. s. w.) durch das Ministerium des Cultus verwaltet werden. In anderen Ländern (z. B. Würtemberg) stehen aber die höchsten kirchlichen unter der obersten weltlichen Behörde und diese vermittelt den Verkehr mit dem Landesherrn. Endlich findet sich in kleineren deutschen Staaten noch die oberste Kirchenleitung mit der obersten Staatsleitung total vereinigt.

Als die Behörden für die laufende Verwaltung kommen dann in den meisten Staaten die Consistorien vor, jedoch findet sich in den Staaten, welche, wie Preußen, einen Dualismus in der obersten Instanz aufweisen, dieser auch hier in der Art wieder, daß die äußeren Kirchensachen dem Ressort der Provinzialregierungen zugewiesen sind. Als Aufsichtsorgane stehen unter den Consistorien die einem aus mehreren Gemeinden bestehenden Bezirke (Diöcese, Inspection, Ephorie) vorgesetzten Superintendenten (Inspectoren, Propste, Metropolitane u. s. w.). Eine höhere Stellung als diese nehmen die Generalsuperintendenten ein, welche mitunter den Titel Bischöfe führen, jedoch sind ihre Befugnisse, sowie ihr Verhältniß zu den Consistorien sehr verschieden geregelt. Den Mittelpunkt der Einzelgemeinde bildet das Pfarramt, welches in derselben die Ausübung der Seelsorge hat, dem aber bei der vielfach eingetretenen Durchlöcherung des Pfarrverbandes die Eingesessenen mitunter nur noch hinsichtlich bestimmter Functionen (Aufgebot und Begräbniß) unterworfen sind.

Eine selbstständige Stellung, welche der evangelischen Kirche neuerdings mehrfach (z. B. in der preußischen Verfassungsurkunde von 1850, Art. 15) garantirt ist, kann in dieser Organisation nicht gefunden werden. Dem reformatorischen Princip, daß alle einzelnen Glieder nach Maßgabe ihrer Kräfte an den kirchlichen Angelegenheiten theilzunehmen befugt sind, entspricht eine Verfassung nicht, bei welcher alle Impulse von einem durch das Oberhaupt des Staates ernannten Beamtenthum ausgehen, und welche die kirchliche Legitimation dieses letzteren nur mit Hülfe der materiell immer Fiction bleibenden Vertretung der Kirche durch den Landesherrn beschaffen kann. Um so weniger ist das der Fall, als der Landesherr heute seine gesammte Macht nicht mehr der Kirche zur Disposition zu stellen befugt ist und außerdem in dem constitutionellen Staate die Ausübung der nach dem Recht desselben zu handhabenden Kirchenhoheit mit der völlig freien Verwaltung des Kirchenregiments durch ein und dieselbe Person in Widerspruch steht.

b) Die presbyterialen und synodalen Elemente. Allerdings hat man in einer Reihe deutscher Staaten dem landesherrlichen Verfassungsorganismus synodale und presbyteriale Elemente aufgepfropft, damit aber eine Organisation geschaffen, welcher es an einem einheitlichen Princip fehlt. Denn es ist nur denkbar, daß das der Kirche in erster Linie zustehende Regiment durch von unten nach oben sich aufbauende Organe, von denen die je höhere die auf der je unteren Stufe nicht zu verwirklichenden Functionen

erfüllt, ausgeübt wird, — und neben diesen findet dann das landesherrliche Kirchenregiment keinen Raum mehr und kann höchstens auf ein Schutzrecht mit gewissen Ehrenrechten reducirt werden, — oder daß das Regiment in erster Linie dem Landesherrn übertragen ist, dann können aber die presbyterialen und synodalen Elemente ihre Legitimation allein erst durch eine Delegation und Theilung seiner Befugnisse empfangen. Behält man das landesherrliche Kirchenregiment in dem bisherigen Umfange bei, organisirt aber daneben, wie vielfach geschehen, eine Vertretung der Gemeinden auf Grund eines Theilnahmerechts derselben an der Leitung der Kirche, so ist damit ein Dualismus geschaffen, welcher den Vorwurf der Uebertragung constitutioneller Theorien auf die Kirche verdient, denn es werden damit zwei Vertretungen eingesetzt, deren einer (dem Landesherrn) man irrigerweise die volle Macht zuschreibt und deren anderer nur gewisse, dieselbe beschränkende Befugnisse gewährt werden, während principiell die eine gerade so viel Rechte, wie die andere hat, also die Coëxistenz beider nebeneinander undenkbar ist.

Dieser innere Widerspruch, welcher sich natürlich auf jeder Stufe der fehlerhaften Organisation zeigen muß, tritt noch am wenigsten auf der untersten, in der Gemeinde, hervor. Die für diese eingerichteten Presbyterien (in Rheinpreußen, Hannover, Baden, Oldenburg, Baiern, Sachsen), welchen meistens die äußere Leitung der kirchlichen Gemeinde-Angelegenheiten und die Pflege kirchlichen Lebens, sowie die Handhabung der Kirchenzucht zukommt, bilden unter dem Vorsitze des Pfarrers wenigstens ein einheitliches Collegium. Die nächst höhere Stufe, die Kreis-, Diöcesan-, Bezirkssynode, über den Presbyterien der Einzelgemeinden, beschickt durch die Geistlichen und gewählten Kirchenältesten der Gemeinden, unter dem Präsidium des Superintendenten, hat dagegen im allgemeinen nur eine berathende und begutachtende Stellung und wenn ihr auch die Wahrnehmung des kirchlichen und sittlichen Zustandes der Gemeinden, sowie die Aufsicht über Geistliche und Aelteste übertragen ist (z. B. in Preußen, Hannover, Rheinbaiern, Würtemberg, Baden, Oldenburg), so hat sie doch für die Regel nicht selbstständig und entscheidend einzugreifen, sondern ihre Beschlüsse bedürfen erst der Bestätigung und der Ausführung durch die landesherrlichen Kirchenbehörden. Eine höhere synodale Ordnung über den Kreissynoden ist in manchen Staaten (den östlichen Provinzen Preußens) bisher nicht organisirt, mitunter kommt nur eine Provinzialsynode vor (so je eine für Rheinland und Westphalen), welche, abgesehen von ihrer berathenden und begutachtenden Stellung, über die Erhaltung der Reinheit der Lehre und der geltenden Kirchenordnung zu wachen hat. In anderen Staaten, deren territorialer Umfang die Nachahmung der französischen Provinzialsynode nicht gestattet hat (so Baden, Oldenburg, Rheinbaiern, Hannover, Würtemberg, Sachsen), sind nur General- oder Landessynoden organisirt, deren Zustimmung für die Regel zu der kirchlichen Gesetzgebung in Bezug auf die Lehr- und Gottesdienstordnung (also namentlich Einführung neuer Katechismen, Gesangbücher, Agenden), die Kirchenverfassung und die Einrichtung des kirchlichen Besteuerungswesens erforderlich ist, welche also gegenüber dem Landesherrn und der denselben vertretenden obersten Kirchenbehörde eine ähnliche Stellung, wie die Landesvertretung im constitutionellen Staate, einnehmen. Diese Synoden, für deren Zusammentritt verschiedene Perioden (z. B. von 4, 5, 6 Jahren) angeordnet sind, setzen sich zusammen aus geistlichen und weltlichen Abgeordneten, welche entweder die nächst niedrigen Stufen der Organisation, also die Diöcesansynoden (Rheinbaiern, Oldenburg, Würtemberg), oder eigens zu diesem Behufe constituirte Körper (Hannover, Sachsen, Baden, — hier nach Scheidung der Geistlichen und Laien für die Wahl ihrer Abgeordneten —) wählen, außerdem aus vom Landesherrn ernannten, von den Universitäten deputirten theologischen und Kirchenrechtsprofessoren, und endlich aus vermöge ihrer Stellung

dazu berufenen Geistlichen und Beamten (wie z. B. den Prälaten des Landes, den Präsidenten der Consistorien, den Decanatsvorständen).

c) Die Geistlichen und die Aemter. Die Nothwendigkeit der besonderen spirituellen Befähigung für die Verwaltung der heiligen Handlungen hat die evangelische Kirche verworfen. Laien sind fähig, am Kirchenregiment theilzunehmen und man kann daher unter den in der evangelischen Kirche bestehenden Aemtern allein das Pfarramt, als das Amt der Seelsorge, den übrigen Aemtern gegenübersetzen, innerhalb der letzteren aber nur danach scheiden, ob sie die theologische Vorbildung und geistliche Qualification (wie das Superintendenten=, Generalsuperintendentenamt) oder nicht (wie z. B. einzelne Consistorialrathsstellen, die Presbyterämter) erfordern.

Was das Pfarramt betrifft, dessen Bekleidung die Voraussetzung der geistlichen Qualification ist, so erfordert dasselbe die Ordination in dem oben gedachten evangelischen Sinne. Diese wird aber nur bei der ersten Erlangung ertheilt, weil die darin liegende Bezeugung der Würdigkeit und Fähigkeit des Subjectes nicht als blos für die specielle Gemeinde, sondern auch für die ganze Kirche abgegeben gilt. Wenn man die Vornahme vielfach den Superintendenten (ja wie in Preußen den Generalsuperintendenten) vorbehalten hat, so ist doch die Fähigkeit jedes ordinirten Geistlichen unzweifelhaft, und die desfallsige Festsetzung nur als eine rein regimentliche Maßregel aufzufassen. Eine absolute Ordination kommt nur ausnahmsweise (namentlich für Missionäre) vor. Die Voraussetzungen der Ordination und der Erlangung eines geistlichen Amtes fallen daher in der evangelischen Kirche zusammen; die letztere verlangt, indem sie die detaillirte katholische Lehre von den Irregularitäten auf ihre Grundprincipien reducirt hat, nur Unbeflecktheit des Rufes, ein gehöriges Alter (meist die Großjährigkeit), ausreichende Gesundheit und Freiheit von störenden Leibesgebrechen, genügende wissenschaftliche, gewöhnlich durch zwei Examina (examen pro candidatura, pro licentia concionandi und examen pro munere oder ministerio) festzustellende wissenschaftliche Qualification, Bekenntniß des Candidaten zu der evangelischen Confession, in deren Dienst er treten will, sofern nicht die besondere Art der Union (wie z. B. die Consensusunion) die Zugehörigkeit zum lutherischen oder reformirten Bekenntniß irrelevant erscheinen läßt, endlich für die Regel auch den Indigenat. Als besondere Standesrechte sind den evangelischen Geistlichen gewöhnlich die den Staatsbeamten zustehenden Privilegien eingeräumt; sie werden aber für die Regel erst mit der Erlangung eines Amtes, nicht schon durch die Ablegung der Examina, erworben, und gehen durch die Amtsentsetzung zufolge der protestantischen Auffassung der Ordination verloren. Hinsichtlich der Pflichten ist zunächst das allgemeine, von der katholischen Kirche adoptirte Princip maßgebend. Den Cölibat hat dagegen die evangelische Kirche verworfen. Die Amtsrechte und Amtspflichten ergeben sich des Näheren aus dem einzelnen Amte. Für das Verhältniß des Amtsinhabers zu den das Amtseinkommen gewährenden Vermögensstücken gelten im allgemeinen die Grundsätze des kanonischen Rechts, nur kommt in der evangelischen Kirche vielfach eine feste, aus Staatsmitteln zu gewährende Besoldung vor. Die Presbyter=(Aeltesten=)Aemter werden dagegen als Ehrenämter unentgeltlich verwaltet.

Die Errichtung, Veränderung und Aufhebung der Aemter ruht in der Hand des Landesherrn, wird aber mitunter durch die oberste leitende Behörde (in Preußen gemeinschaftlich durch den Oberkirchenrath und das Cultusministerium) ausgeübt. Ein Recht der Gemeinde und Interessenten auf Gehör, soweit es sich um die Gestaltung der Parochialeintheilung und Pfarrämter handelt, läßt sich nicht bestreiten, ein solches ist nicht nur mitunter anerkannt (so in Preußen), sondern auch Anhörung der Presbyterien und

Kreissynoden (Rheinland, Westphalen, Hannover), ja sogar Zustimmung der Generalsynode gefordert (Baden, Oldenburg).

Die Verleihung der höheren, für das Regiment bestimmten Aemter (Oberconsistorialraths-, Consistorialraths-, Generalsuperintendenten-, Superintendenten-Stellen) ist fast ausnahmslos Reservatrecht des Landesherrn, wenngleich auch für einzelne derselben, wie z. B. für die Superintendenturen, eine freilich zu bestätigende Wahl durch die Kreissynode vorkommt. Das von den Reformatoren den Gemeinden principiell zugebilligte Recht, den Träger des Pfarramtes zu wählen, hat sich dagegen nur vereinzelt erhalten, und es ist denselben für die Regel nur ein Recht des Einspruchs gegen Leben, Lehre und Wandel des für sie bestimmten Geistlichen geblieben. Das Besetzungsrecht selbst steht gewöhnlich dem Landesherrn zu, und wird mitunter von ihm selbst auf Vorschlag der Consistorien (Würtemberg), oder von der Immediatbehörde (Sachsen) oder durch die Consistorien (Preußen) geübt. Den Patronat und die denselben beherrschenden Regeln hat die evangelische Kirche aus der katholischen herübergenommen, in den einzelnen Ländern ist aber das kanonische Recht in einer den Rechten des Patrons günstigeren Weise modificirt worden, namentlich kommt dem letzteren ein größerer Einfluß auf die Verwaltung des Kirchenvermögens, mitunter das Recht auf Mitgliedschaft im Presbyterium, auf Ernennung der mit der Vermögensverwaltung betrauten Kirchenvorsteher, die Fähigkeit zur Ehrenmitgliedschaft auf der Kreissynode zu und sein Präsentationsrecht hat vielfach die Natur eines Vocations-, Berufungsrechtes angenommen, gegenüber welchem das Recht des Kirchenregiments, gewöhnlich der Consistorien, lediglich als Confirmation erscheint, aber andererseits freilich das Einspruchsrecht der Gemeinde nicht ausgeschlossen ist. Der dingliche Patronat ist die Regel. Die Unterscheidung zwischen geistlichem und weltlichem Patronat hat man meistens festgehalten, ohne sich klar zu machen, daß diese für die evangelische Kirche keinen Sinn hat

Während für die höheren Aemter des Regiments, soweit sie mit Laien besetzt werden, die Qualification für den höheren Staats- (Verwaltungs- und Justiz-) Dienst erfordert wird, verlangen die neuen Ordnungen in Betreff der Gemeindeältesten, Presbyter und für die Mitglieder der Kreis-, Provinzial-, Generalsynoden männliches Geschlecht, Selbstständigkeit, ein bestimmtes Alter (gewöhnlich 30 Jahre), Unbescholtenheit, Leistung der kirchlichen Abgaben und meistens auch Bethätigung kirchlichen Sinnes, ein Erforderniß das des Näheren auf sehr verschiedene Weise, bald positiv, bald negativ, formulirt ist. Die Besetzung dieser Aemter erfolgt für die Regel durch Wahl der Gemeindemitglieder, deren actives Wahlrecht gleichfalls an die eben gedachten Erfordernisse, nur gewöhnlich unter Herabsetzung des Alters auf die Volljährigkeit oder das 24. Jahr, geknüpft ist. Für die höheren synodalen Ordnungen wird außerdem vielfach verlangt, daß die Laienmitglieder einem Gemeindevorstand des Bezirks angehören, für welchen die betreffende Synode gebildet wird.

Ueber die Erledigung der Kirchenämter gelten analog die Grundsätze des katholischen Kirchenrechts, der bei voller Dienstfähigkeit resignirende Geistliche verliert aber die Rechte des Beamtenstandes. Bei den Presbyterämtern kommt, da diese vielfach nicht lebensfähig sind, noch als weiterer Erlöschungsgrund der Ablauf der gesetzlichen Amtsperiode in Frage.

§. 4. Die einzelnen Functionen des Verfassungs-Organismus. a) Das Gesetzgebungsrecht ruht in der Hand des Landesherrn, indessen kann derselbe keine Anordnungen treffen, welche mit dem Grundprincip der Reformation in Widerspruch treten, wenngleich freilich die Symbole der evangelischen Kirche nur als Zeugnisse für die Auffassung der Offenbarung zu einer bestimmten Zeit, mithin nicht als unabänderlich und unverbesserlich gelten. Ferner sollen alle wesentliche Aenderungen (also

die die Lehre, die Liturgie, die Verfassung 2c. betreffenden) nicht ohne Beirath des Lehrstandes und ohne die Zustimmung der Kirche erfolgen. Wo es an einer festen Organisation fehlt, bleibt nichts übrig, als die sämmtlichen Einzelgemeinden zu befragen. Neuerdings ist aber in den meisten Landeskirchen die Ausübung des Gesetzgebungsrechtes an die Zustimmung der Landes= oder Generalsynode geknüpft worden (s. oben S. 489). Die Dispensationsbefugniß ruht ebenfalls in der Hand des Landesherrn, wird aber für die minder wichtigen Fälle in verschiedener Abstufung von den einzelnen Verwaltungsorganen (Consistorien, Superintendenten 2c.) geübt.

b) Die Handhabung der Aufsicht steht den vorhin näher charakterisirten einzelnen Behörden nach Maßgabe ihres Ressorts zu. Die Visitationen, also die persönliche Untersuchung der Zustände der einzelnen kirchlichen Kreise, werden dagegen meistens von den Superintendenten und den Generalsuperintendenten vorgenommen. Auch haben die Kreis=, Diöcesan= 2c. Synoden gerade die Hauptfunction, die Zustände ihrer Bezirke zu untersuchen, zu überwachen und Vorschläge für die etwaige Besserung derselben zu machen.

c) Die kirchliche Rechtspflege. Die evangelische Kirche hat ein Recht auf einen besonderen kirchlichen Gerichtsstand für die Geistlichen und die aus kirchlichen Rechtsverhältnissen hervorgehenden Streitigkeiten nicht geltend gemacht. Bei der Einsetzung der Consistorien sind denselben aber alle diese Angelegenheiten zugewiesen worden, so daß ihre Competenz der der katholischen bischöflichen Gerichte ziemlich nahe kam. Wie diese Einrichtung mit der früheren Gerichtsverfassung zusammenhing, welche keine Trennung zwischen Verwaltung und Rechtspflege im eigentlichen Sinne kannte, sondern der betreffenden Verwaltungsbehörde auch die innerhalb ihres Ressorts streitig werdenden Sachen zur richterlichen Entscheidung überwies, so ist das gedachte Verhältniß mit der Umgestaltung der Anschauungen über die Gerichtsorganisation gleichfalls beseitigt worden, und es sind heute die erwähnten Sachen, — ja selbst die Ehestreitigkeiten, an deren Versammlung die Kirche durch die Superintendenten schon im Anfang der Reformation Theil hatte, mit wenigen Ausnahmen — vor die Civilgerichte der einzelnen Länder gewiesen.

Als Strafmittel gegen diejenigen Personen, welche der Gemeinde durch ihren Wandel Anstoß geben, hat sich die evangelische Kirche ebenfalls des Bannes, welcher nach ihrer Auffassung freilich nur Ausschluß aus der kirchlichen Gemeinschaft sein sollte, indessen doch auch bald mit bürgerlichen Folgen versehen worden ist, bedient. In die Hand der Consistorien gelegt und losgelöst von der Mitwirkung der Gemeinde, ist aber die Ausübung der Kirchenzucht schon im 17. Jahrhundert verfallen und erst neuerdings hat man dieselbe in Folge der neuen Presbyterial= und Synodalordnungen wieder zu beleben gesucht.

Von der Ausbildung eines besonderen kirchlichen Strafrechts auf dem Boden der evangelischen Kirche konnte schon aus dem eben erwähnten Grunde nicht die Rede sein; außerdem kommt noch der Umstand in Betracht, daß während die katholische Kirche ihr Strafrecht zu einer Zeit entwickelt hat, wo der Staat seine desfallsigen Pflichten nur in sehr geringem Maße wahrnahm, sich diese Verhältnisse zur Zeit der Reformation bereits vollkommen geändert hatten und daß die Gesetzgebung für die Kirche durch dieselbe Person, welche sie für den Staat besaß, ausgeübt wurde. Wenn einzelne ältere Kirchenordnungen der Verbrechen der Ketzerei und Simonie erwähnen, so können diese jetzt nur noch entweder als Amtsvergehen bei Geistlichen in Betracht kommen oder die Ketzerei die Ausschließung aus der kirchlichen Genossenschaft ohne bürgerliche Folgen herbeiführen, während die Simonie bei Nichtgeistlichen nur sofern sie den Thatbestand eines gewöhnlichen Verbrechens (z. B. Bestechung eines Beamten) constituirt, bestraft werden kann. Die Disciplinarvergehen der Geistlichen, welche früher ebenfalls zum Ressort der Consistorien gehörten, sind mit der Beschränkung der Jurisdiction der letzteren vielfach weltlichen Behörden überwiesen, und erst in neuerer

Zeit ist in manchen Ländern das richtige Princip wieder durchgeführt, daß die Geistlichen in dieser Hinsicht eigenen kirchlichen Disciplinargerichten (in Preußen den Consistorien und dem Oberkirchenrath, in Oldenburg dem Oberkirchenrath, in schwereren Fällen einem aus dem obersten Landesgerichtspräsidenten, Pfarrern, anderen kirchlichen Beamten und Kirchenältesten zusammengesetzten Disciplinargericht; in Baden dem und zwar in schwereren Fällen durch den General=Synodal=Ausschuß verstärkten Oberkirchenrath) unterstehen. Die Disciplinarbehörden für die Kirchenältesten bilden dagegen in der Regel die Kreis=, Diöcesan= 2c. Synoden oder Ausschüsse derselben (so in Preußen, Hannover, Baden). Als Disciplinarstrafen kommen vor: Verweise, Geldstrafen, Suspension, Amtsentsetzung und bei Geistlichen auch die Strafversetzung und die Strafemeritirung (zwangsweise Pensionirung mit geringerem als dem sonst gesetzlichen Betrage).

d) Der Unterricht. Auch die evangelische Kirche hat in ihrer ersten Zeit die umfassendste Fürsorge für den Unterricht geübt. Jetzt hat freilich der Staat die Leitung des Volksschulwesens in die Hände genommen, indessen ist die Kirche nach den neueren Einrichtungen meistens nicht nur hinsichtlich des Religionsunterrichtes, sondern auch bei der Verwaltung des Unterrichtswesens überhaupt betheiligt, da Geistliche oft zugleich die Functionen staatlicher Schulinspectoren 2c. versehen. Die Vorbildung der Geistlichen erfolgt auf den Universitäten und man hat, um der Kirche einen Einfluß auf die Vorbildung ihrer Diener zu gewähren, dem Kirchenregiment mitunter (so in Preußen) das Recht eingeräumt, vor Anstellung der Lehrer der Theologie gehört zu werden. Zur praktischen Ausbildung für die evangelischen Geistlichen bestehen s. g. Predigerseminare, Candidatenstifter 2c., in welcher die Candidaten entweder noch während ihres akademischen Studiums oder erst nach Ablauf desselben aufgenommen und in denen sie bald zum gemeinschaftlichen Leben, bald zu Uebungen und Lectionen vereinigt werden.

e) Vermögens= und Finanzverwaltung. Hinsichtlich der Stellung der evangelischen Kirche auf vermögensrechtlichem Gebiete ist im allgemeinen auf das oben (S. 475) Bemerkte zu verweisen, denn das Verhältniß zum Staate ist in dieser Hinsicht gleichmäßig für beide Kirchen geregelt worden; ferner hat die evangelische Kirche selbst, so weit es sich um die sonst hier in Frage kommenden Normen handelt, das kanonische Recht zum großen Theil adoptirt. Für die Bestreitung ihrer Ausgaben ist freilich die evangelische Kirche vielfach auf Staatsdotationen angewiesen, da in der Reformationszeit mitunter die Güter der aufgehobenen Stifter und Klöster von den Landesherren eingezogen und so Bestandtheile des Staatsgutes geworden sind. Ein Besteuerungsrecht der Kirche gegenüber ihren Angehörigen, um die erforderlichen Mittel aufzubringen, ist principiell gewiß anzuerkennen, und hat auch in den neuen Synodalordnungen (z. B. für Rheinland und Westphalen, Hannover, Baden) oder in eigenen Gesetzen (für Oldenburg) Ausdruck gefunden, indessen handeln diese nur von gelegentlich aufzubringenden Lasten und Abgaben, eine fortdauernde Besteuerung zu kirchlichen Zwecken ist noch nirgends in den deutschen Landeskirchen eingeführt. Hinsichtlich der Baulast gelten da, wo keine particularrechtlichen Bestimmungen vorkommen, die Vorschriften des kanonischen Rechts; bei dem häufigen Mangel eines Baufonds ist aber praktisch die Verpflichtung der Parochianen in die erste Linie getreten, neben welchen meistens der Patron, auch ohne daß er kirchliche Einkünfte bezieht, nach einem gewissen Verhältniß contributionspflichtig ist.

Die Verwaltung des Kirchenvermögens steht dem Gemeindeorgane, also meistens jetzt den Presbyterien, Gemeindekirchenräthen 2c., mitunter unter activer Theilnahme des Patrons zu; für wichtige Verwaltungsmaßregeln bedarf es aber des Consenses der landesherrlichen Behörden und ebenso für Veräußerungen, für deren rechtliche Normirung die Regeln des kanonischen Rechts vielfach der Particulargesetzgebung als Vorbilder gedient haben.

D. Die Stellung der einzelnen Glieder.

Auch nach evangelischem Kirchenrecht wird die Zugehörigkeit zur Kirche durch die Taufe erworben; ein unbedingtes Recht auf das getaufte Kind in Folge derselben schreibt sich die evangelische Kirche aber nicht zu, vielmehr bleibt ein solches bis zur Confirmation, der bewußten Wiederholung des Taufgelübdes, suspendirt. Erst dadurch wird die selbstständige Theilnahme an allen Sacramenten erworben, während die volle active Mitgliedschaft, d. h. die Berechtigung, mit in die Verwaltung der kirchlichen Angelegenheiten (durch Wahl der Aeltesten, durch Bekleidung des Aeltestenamtes) einzugreifen, noch von dem Eintritt anderer Voraussetzungen (s. S. 491) abhängig ist. Wenngleich die Kirche von ihren Zugehörigen zu fordern berechtigt ist, daß sie ihr auch ihre Kinder durch die Taufe zuführen, so erscheint es doch als eine ungerechtfertigte Maßregel des Staates, wenn er (so z. B. in Preußen) die Weigerung der Aeltern durch eine unter obrigkeitlichem Zwang zu vollziehende Taufe des Kindes beseitigt. Den Confessionswechsel faßt die evangelische Kirche in Uebereinstimmung mit dem heutigen staatlichen Recht als Austritt aus ihrer Gemeinschaft, nicht aber als kirchliches, den Betreffenden seiner Pflichten nicht überhebendes Verbrechen auf. Das Recht der einzelnen Kirchenmitglieder, an dem Gottesdienste und den Sacramenten theilzunehmen, ergibt sich schon aus dem Gesagten. Ebenso besteht für die Einzelnen eine dahin gehende Pflicht, welche indessen nicht so genau, wie in der katholischen Kirche, normirt ist, so daß bei Vernachlässigung derselben für eine etwaige Handhabung der Kirchenzucht stets die besonderen Verhältnisse und Umstände in Rücksicht zu ziehen sind.

Die evangelische Kirche hat unter Verwerfung der Sacramentsnatur der Ehe im Gegensatz zur katholischen dem Staat das Recht der Regelung der ehelichen Verhältnisse nicht abgesprochen. In Folge der Stellung der evangelischen Landesherren zu ihrer Kirche ist aber seit der Reformation bis zum 18. Jahrhundert die Ehegesetzgebung im Einklang mit der kirchlichen Auffassung ausgeübt worden oder — anders ausgedrückt — die staatliche und kirchliche Ehegesetzgebung waren zunächst in den evangelischen Ländern identisch. Erst in Folge der naturrechtlichen Auffassung der Ehe als eines gewöhnlichen, nach reinen Privatrechtsgrundsätzen zu beurtheilenden Vertrages, die namentlich der Gestaltung des Eherechts im preußischen Landrecht zu Grunde liegt, sind Differenzen zwischen dem staatlichen Recht und dem Recht der evangelischen Kirche entstanden. Von den Ehehindernissen hat die evangelische Kirche diejenigen, welche mit von ihr verworfenen specifisch katholischen Anschauungen zusammenhängen (so das der geistlichen Verwandtschaft, der höheren Weihen, des Ordensgelübdes), fallen lassen müssen; der Irrthum wirkt schon dann ehehindernd, wenn er in Bezug auf das Wesen der Ehe gefährdende Mängel obgewaltet hat, deren vorgängige Kenntniß den Irrenden an der Eingehung abgehalten haben würde (z. B. in Bezug auf die Virginität, grobe Verbrechen &c.). Für die Festsetzung der verbotenen Verwandtschafts- und Schwägerschaftsgrade ist man in der ersten Zeit theils auf das römische, theils auf das kanonische Recht zurückgegangen, später hat man aber dieselben noch weiter beschränkt. Der Mangel des älterlichen Consenses ist mehrfach unter verschiedenen Bedingungen (so z. B. mitunter nur bei Kindern in väterlicher Gewalt) zu einem trennenden Hinderniß geworden. Die Hinzufügung einer Bedingung bei der Erklärung des ehelichen Consenses ist nach protestantischem Kirchenrecht nicht gestattet. Sie ist mit der freilich erst seit dem 18. Jahrh. als wesentlicher Form geltenden kirchlichen Trauung unvereinbar. Hinsichtlich des Aufgebotes und der Competenz zur Trauung gelten im allgemeinen die Grundsätze des katholischen Kirchenrechts, nur begründet es keine Nichtigkeit der Ehe, wenn ein incompetenter Geistlicher die Einsegnung vorgenommen hat.

Ferner erkennt die evangelische Kirche, gleichfalls im Gegensatz zur katholischen, die Statthaftigkeit der richterlichen Scheidung des Ehebandes an; mangels einer näheren Festsetzung der Gründe in den Symbolen hat eine Richtung im 16. Jahrh. als solche nur den Ehebruch und die malitiosa desertio anerkannt, jedoch wurde innerhalb dieser die bösliche Verlassung bald nur als Entweichen des einen Gatten an einen dem Richter unerreichbaren oder unbekannten Ort, bald aber außerdem auch als blos räumliche, nicht durch Zwangsregeln, z. B. Gefängnißstrafe zu überwindende Trennung (s. g. Quasidesertion) aufgefaßt. Eine mildere Richtung ließ dagegen, indem sie u. a. auf das römische Recht (l. 8. C. V. 17) zurückgriff, außerdem noch unerträgliche Sävitien und Lebensnachstellungen als Scheidegründe gelten. Seit dem 17. Jahrh. fand aber die Strenge der ersten Richtung da, wo die Consistorien nach dem strengen Recht nicht scheiden konnten, eine Milderung durch die Ausübung des aus der oberstbischöflichen Machtvollkommenheit hergeleiteten landesherrlichen Scheiderechts; ferner zog man unter den Begriff der Desertion als Quasidesertion nicht nur die räumliche Trennung und hartnäckige Beischlafsverweigerung, sondern auch die Insidien und Sävitien, womit dann thatsächlich eine Ausgleichung beider Richtungen erfolgt war. Hatte endlich früher bei groben Verbrechen des einen Ehegatten in Folge des harten Criminalrechts die Vollstreckung der Todesstrafe die Ehe geschieden, so ließ man später nach erfolgter Milderung des Strafrechts alle diejenigen Verbrechen als ehescheidend gelten, welche früher mit Capitalstrafe belegt waren. Das heutige Scheiderecht der evangelischen Staaten ruht im wesentlichen noch auf diesen Grundsätzen, sofern nicht etwa die Gesetzgebung, wie z. B. in Preußen, unter dem Einfluß der früher schon erwähnten naturrechtlichen Anschauungen gestanden hat.

E. Die Stellung der evangelischen Kirche im Staate.

Von der Entwickelung oder Bethätigung eines besonderen Aufsichts= und Schutzrechts gegenüber der evangelischen Kirche konnte, so lange das oberste kirchliche und staatliche Regiment in der Hand des Landesherrn vereinigt war, nicht die Rede sein. Erst mit der Beseitigung des Territorialismus und der absoluten Monarchie ist der Unterschied des landesherrlichen Kirchenregiments und der obersten Staatsleitung wieder hervorgetreten. Da der Landesherr bei der Ausübung der Souveränetät in der constitutionellen Monarchie nicht unbeschränkt ist, so sind jetzt Conflicte denkbar, denn für das staatliche Gebiet können Anordnungen erlassen werden oder wegen Verweigerung der Zustimmung der Volksvertretung unbeseitigt bestehen bleiben, gegen welche die Kirche ankämpft und umgekehrt. Daß bei einem etwaigen Conflicte der obersten Staats= und Kirchenbehörden der Landesherr zu entscheiden hat, ist selbstverständlich. Damit sind aber die Schwierigkeiten für solche Fälle nicht gelöst, wo der Landesherr auf staatlichem Gebiete nicht ohne Genehmigung der Kammern, auf kirchlichem nicht ohne Zustimmung der neuorganisirten Generalsynoden handeln kann. Die dadurch nahe gelegte Frage, ob er bei einem solchen Streit dem Willen der staatlichen oder dem der kirchlichen Organe folgen soll, zeigt praktisch — da ein vielleicht als Expediens dienendes, rein negatives Verhalten oft nicht möglich sein wird —, wie das landesherrliche Kirchenregiment in seiner heutigen Gestaltung mit den Neubildungen auf dem Gebiete des Staates und der Kirche unvereinbar ist, und weist nur wieder darauf zurück, wie innerlich unhaltbar dasselbe wird, wenn ihm die Möglichkeit genommen ist, die staatliche Macht den kirchlichen Zwecken zur Disposition zu stellen und andererseits auf seine kirchlichen Entschließungen andere kirchliche Organe neben ihm einwirken und diese paralysiren können.

IV. Anhang.

Stellung der übrigen Religionsgemeinschaften im Staate.

Der Westphälische Friede hatte ein ausdrückliches Verbot der Duldung anderer „Religionen oder Secten", als der drei Reichsreligionen (der katholischen, lutherischen und reformirten Kirche) ausgesprochen. Jedoch hat man diesen Satz später so ausgelegt, daß die Toleranz innerhalb des Territoriums nicht gehindert sei, und der Reichsdeputationshauptschluß von 1803 hat jene Beschränkung für die Entschädigungslande beseitigt. Seit der Auflösung des deutschen Reiches hat die Particulargesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten — die deutsche Bundesacte von 1815 enthält keine hierher gehörige Bestimmung — die Verhältnisse der religiösen Secten geregelt. Während allgemein die individuelle Bekenntnißfreiheit und die Hausandacht garantirt und ferner für manche Länder (z. B. Preußen, Würtemberg, Baden) der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte für unabhängig vom religiösen Bekenntniß erklärt worden ist, war doch vor dem Jahr 1848 die Bildung neuer Religionsgemeinschaften von der Bedingung der vorgängigen staatlichen Genehmigung abhängig gemacht, wobei dann gleich die Stellung der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung näher normirt wurde.

Erst nachdem die deutsche Reichsverfassung von 1849 die Freiheit der Vereinigung zu religiösen Zwecken und der öffentlichen Religionsausübung für die neugebildeten Religionsgesellschaften und damit die Beseitigung des ius reformandi auch den Secten gegenüber proclamirt hatte, sind in einzelnen Ländern (z. B. Preußen, Oldenburg, Baden) dieselben Grundsätze verfassungsmäßig anerkannt worden, nur hat man freilich den neuen Gesellschaften die Rechte der juristischen Person versagt und diese von der Beilegung durch besonderes Gesetz abhängig gemacht. Praktisch sind aber die Consequenzen dieses neuen Principes noch nicht in allen Beziehungen anerkannt, denn mitunter werden die Anhänger solcher Religionsgesellschaften noch den Parochiallasten der drei privilegirten Kirchen unterworfen, und ihre Religionsbeamten können die Geburts-, Heiraths- und Sterberegister nicht mit bürgerlicher Wirkung führen, vielmehr treten statt derselben die Geistlichen der gedachten Kirchen ein, sofern nicht der Staat für sie durch eigene Behörden (wie z. B. in Preußen durch die Gerichte) Civilstandsregister führen läßt. Endlich ist ihnen gewöhnlich nur da die Möglichkeit der Eheeingehung mit Katholiken und Protestanten gegeben, wo die obligatorische oder facultative Civilehe gesetzlich festgesetzt ist.

Neuere Literatur, katholisches und protestantisches Kirchenrecht umfassend; katholischerseits: Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen, 13. Aufl. Bonn 1861; protestantischerseits: K. F. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts der katholischen und der evangelischen Religionspartei in Deutschland, Göttingen 1831—33, 2 Bde; Ae. L. Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 6. Aufl., besorgt von Dove, Leipz. 1867; O Mejer, Lehrbuch des deutschen Kirchenrechts, 3. Aufl., Göttingen 1869; P. Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten, Berlin 1869, Bd. 1, erste Hälfte; allein katholisches Kirchenrecht behandelnd: G Phillips, Kirchenrecht, Regensburg 1845 ff. (unvollendet bis jetzt 7 Bde); G. Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechts, 2 Abtheilungen, Regensburg 1859, 1862; F. Schulte, Das katholische Kirchenrecht, Gießen 1856, 1860; 2 Bde; F. Schulte, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 2 Aufl, Gießen 1868.

2.

Das Strafrecht.

Von

Prof. Dr. A. Geyer
in Innsbruck.

Einleitung.

§. 1. **Begriff des Strafrechts.** Wenn man von **Strafrecht** spricht, so geschieht dies, wie überhaupt, wenn vom Recht die Rede ist, in einem doppelten Sinn. Man nimmt nämlich das Wort Recht im subjectiven oder im objectiven Sinn. In jenem bezeichnet es ein Jemandem zustehendes Befugniß; „Strafrecht" also bedeutet hiernach (ebendasselbe, was jus puniendi) **Recht** oder Befugniß **zu strafen** Im objectiven Sinn dagegen meint man unter Strafrecht (jus criminale) den Inbegriff von **Rechtssätzen**, welche für die Ausübung des Strafrechts im subjectiven Sinn gelten. In der Strafrechts**wissenschaft** nun wird sich uns natürlicherweise ebenfalls dieser Inbegriff von **Rechtssätzen** und zwar in einer auf inneren Gründen beruhenden **systematischen** Ordnung darstellen. Allein nicht blos deshalb haben wir vor allem den objectiven Rechtsbegriff zu betonen, sondern dieser bildet überhaupt die nothwendige Grundlage für den Begriff des subjectiven Rechts oder Befugnisses. Man **hat** ein Recht nur, wenn es von dem objectiven Recht zugetheilt wird; aus dem Rechtssatz entspringt erst das Befugniß für irgend ein bestimmtes Rechtssubject. Die Regeln für die Ausübung und Handhabung des (subjectiven) Rechts zu strafen, werden sich uns also ergeben als Ausfluß der Rechtssätze, welche das objective Recht für die Sphäre jener menschlichen Thätigkeit, die man „strafen" nennt, aufstellt.

Sagten wir oben, das Strafrecht sei die Gesammtheit der Rechtssätze oder Rechtsregeln, welche für die Ausübung des Strafrechts gelten, so haben wir damit allerdings den Begriff in seinem weitesten Umfang aufgestellt. Man schränkt ihn aber in der Rechtswissenschaft in doppelter Weise ein:

1) An sich liegt in demselben keine Beziehung auf den Staat. Es gibt keinen begrifflich nothwendigen Zusammenhang zwischen der Strafe und dem Staat, so daß jene stets nur als eine staatliche Function auftreten könnte. Strafen heißt ein Uebel über Jemanden verhängen als Folge irgend einer von demselben ausgegangenen Handlung, welche eben bestraft wird. So straft also der Vater sein Kind, der Lehrer seinen Schüler, die Kirche ihren Gläubigen u. s. w., und es lassen sich auch Rechtssätze über die Ausübung des Strafrechts der Familie, der Schule, der Kirche u. s. w. aufstellen. Von all' diesem nicht staatlichen Strafrecht wird aber abgesehen, wenn man von „Strafrecht" schlechtweg spricht, und man bezeichnet mit diesem Wort nur das vom Staat ausgehende Strafrecht. Ja, selbst in dieser engeren Sphäre pflegt man in Folge einer rationellen Arbeitstheilung noch weiter zu scheiden, und die Rechtssätze über das Disciplinarstrafrecht des Staates gegenüber seinen Beamten, über die Bestrafung der Polizeiübertretungen, der Steuer- und Zolldefraudationen den Publicisten und Cameralisten zu überlassen. Dabei ist es aber ein Mißkennen des wahren Sachverhaltes, wenn man glaubt, daß diese Disciplinen nicht alle ihre gemeinsame Wurzel in dem ethischen Grundbegriff der Strafe

haben, von welchem weiterhin die Rede sein wird. Dieser Begriff muß gerade ohne specielle Rücksicht auf die eigentliche „Verbrechens= oder criminelle Strafe", in einer Weise entwickelt werden, daß er die letzte Grundlage für die rationelle Handhabung der strafenden Thätigkeit in allen Sphären des Lebens bildet.

2) Aus dem Begriff des Strafrechts scheidet man ferner das s. g. formelle oder Strafproceßrecht aus, d. h. den Inbegriff jener Rechtsgrundsätze, welche die Formen des Strafverfahrens (der Anwendung des Strafgesetzes auf den einzelnen Fall) festsetzen. Unter dem Strafrecht im engern Sinne versteht man demnach nur das materielle Strafrecht, abgesehen von jenen Grundsätzen, welche für den Strafproceß gelten. —

§. 2. Begründung der Strafe (s. g. Strafrechtstheorien). Ehe nun weiter eingegangen werden kann auf die Rechtssätze selbst, welche das Gebiet des Strafrechts, wie wir es eben umgrenzt haben, beherrschen, ist eine für alles Weitere entscheidende Vorfrage zu erledigen. Wir stehen vor der Thatsache, daß der Staat Verbrechen bestraft, belegt mit den empfindlichsten Uebeln, und daß ihm ein Recht zu solchem Verfahren zugeschrieben wird. Sollen wir uns dieser Thatsache als einer nun einmal durch die Gewalt begründeten stumm beugen oder ist es nicht erlaubt, ist es nicht viel mehr um unserer Würde willen sogar geboten, nach der vernünftigen Grundlage der Strafe zu fragen? Die Strafgewalt ist ein so scharfes, schneidendes Werkzeug, daß man in der That vor Jahrtausenden schon sich gefragt hat nach dem Warum? und Wozu? der Strafe. Vor Jahrtausenden schon haben die großen Philosophen der Hellenen, Platon und Aristoteles, hierüber Rechenschaft zu geben versucht, haben es also versucht, eine s. g. Strafrechtstheorie aufzustellen.

Hier ist, wie sich von selbst versteht, nicht der Ort, auf eine genaue Darstellung und Beurtheilung der verschiedenen Strafrechtstheorien einzugehen. Einige allgemeine Bemerkungen sind aber jedenfalls zur Orientirung und zur Begründung der weiteren Ausführungen unentbehrlich. — Die Strafrechtstheorien zerfallen in die s. g. relativen und in die absoluten (man spricht auch von s. g. gemischten Theorien; diese sind aber eben keine anderen als zusammengesetzte relative Theorien, da sich eine Mischung von absoluten und relativen Theorien nicht denken läßt). Da die Strafe selbst nothwendigerweise etwas Relatives ist, nämlich sich bezieht auf irgend ein Vorangegangenes (zu bestrafendes) als dessen Folge, so ist freilich der Ausdruck „absolut" nicht vollständig passend für jene Theorien, welche eben darin die volle Begründung der Strafe finden, daß sie einer vorangegangenen menschlichen Handlung als entsprechendes Uebel nachfolgt. Die „relativen" Theorien aber bleiben allerdings bei dieser nothwendigen Relation der Strafe nicht stehen, sondern halten die Strafe nur gerechtfertigt durch die Beziehung auf irgend einen besonderen Zweck, welcher mittelst der Strafe erreicht werden soll. Die absoluten Theorien begnügen sich im allgemeinen mit dem Satze: punitur quia peccatum est, welchen sie tiefer zu begründen suchen; nicht so die relativen. Diese letzteren zerfallen übrigens wieder in verschiedene Arten je nach der Verschiedenartigkeit der Zwecke, welche sie der Strafe setzen. Ohne in das Detail einzugehen, was uns hier versagt ist, können wir bemerken, daß alle jene Unterarten sich auf die drei Begriffe der Nutzungs=, Sicherungs= und Besserungstheorien zurückführen lassen.

Jene, welche wie Hobbes, Bentham u. A., die Strafe blos durch ihre Nützlichkeit begründen, verzichten damit von vornherein auf eine wahre Rechtfertigung derselben. Die Sicherungstheorien (zu welchen auch die s. g Vergütungstheorien gehören, was hier nicht näher nachgewiesen werden kann) bewegen sich, unter mannichfachen Modificationen im einzelnen, in der Sphäre des Gedankens der Sicherung der Rechtsordnung. Sie

finden die Rechtfertigung der Strafe darin, daß sie dient zur Verhütung weiterer Verbrechen des Bestraften (Specialprävention) oder zur Abschreckung überhaupt aller „Bürger" als möglicher Verbrecher (Generalprävention). So namhaft die Vertreter dieser wissenschaftlichen Richtung sind (wir nennen hier nur die Namen Grolman und Feuerbach), so wenig stichhaltig ist sie der näheren Betrachtung. Es hat eigentlich genau genommen keinen rechten Sinn, wenn man behauptet, die Strafe werde mit Recht zugefügt nicht um der verübten Uebelthat willen, sondern um irgend welcher möglichen künftigen Uebelthaten willen. Man sieht sich vergebens nach einem Rechtsgrund dafür um, daß Jemand bestraft wird, weil er vielleicht in der Zukunft einmal ein Verbrechen begehen könnte oder gar, weil Andere zu Verbrechern werden können. Ebenso sucht man vergebens nach einem Maßstab für eine Strafe, welche sich bemessen soll nach den Eindrücken, welche in der Seele des Verbrechers oder anderer Menschen Anlaß geben könnten zur Begehung von Verbrechen. Wird hier eigentlich alles auf eine psychologische Untersuchung über die abschreckende Wirkung der Strafe gestellt, so vermißt man um so mehr eine richtige psychologische Anschauung über die Motive, welche zu Verbrechen antreiben und von ihnen abhalten. Nicht zu übersehen ist endlich, daß die Auffassung der Strafe als Sicherungsmittel, wenn man mit ihr Ernst macht, zu der Anwendung der Strafe auch ohne vorausgegangenes Verbrechen auf gefährliche Menschen, Landstreicher u. s. w. führt. —

Die Sicherungstheorien haben in neuerer Zeit wenig bewußte Anhänger mehr, obwohl man sich in der Gesetzgebung und in der Praxis nicht selten auch heute noch von terroristischen Anschauungen beherrschen läßt, ohne sich darüber klar zu werden. Anders verhält es sich mit den Besserungstheorien, die, auf einer relativ höheren Stufe stehend, durch ihre Humanität und theilweise Richtigkeit auf viele Gemüther einen bestechenden Einfluß ausüben. Gleichwohl stellt jede consequente Besserungstheorie den Begriff der Strafe geradezu auf den Kopf. Indem sie nämlich der Strafe den Charakter eines Uebels ganz und gar abspricht, und dieselbe vielmehr als eine Wohlthat aufgefaßt haben will, auf welche (als eine „Nacherziehung") der Verbrecher ein Recht habe, macht sie das Verbrechen zu einem Titel für Rechtserwerb und für Ansprüche auf Erweisung von Wohlthaten. Sie bringt also im Widerspruch mit der Gerechtigkeit den Verbrecher in eine bessere Lage, als den Unbescholtenen. Indem sie ferner die Strafe nur als Besserungsmittel auffaßt, welches wegfallen muß, sobald keine Besserung noththut, verletzt sie ebenfalls auf das schreiendste die Gerechtigkeit. Denn hiernach müßte das größte Verbrechen (wie z. B. ein Mord) gänzlich ungestraft bleiben, wenn die Besserung des Thäters constatirt vorläge, während selbst die geringfügigsten Delicte zu langjähriger Einsperrung führen könnten. —

Finden wir dem Gesagten nach keinen befriedigenden Aufschluß über Grund und Wesen der Strafe bei den relativen Theorien, so müssen wir uns zu den absoluten wenden, welche im allgemeinen darin übereinstimmen, daß sie die Strafe begründet finden durch die ethische Forderung einer Ausgleichung der begangenen Uebelthat, wonach die Strafe auch ihr gerechtes Maß eben in dem zu bestrafenden Verbrechen findet. Diese Anschauung haben in mannichfacher Weise namentlich Kant, Hegel und seine Schüler Abegg, Köstlin, Berner, sodann Herbart und seine Schule zu begründen gesucht, während sie von den Anhängern der s. g. bürgerlichen Gerechtigkeitstheorien ziemlich verwässert und beinahe in die Anschauung der Sicherungstheorie umgewandelt wurde. Kant betonte dabei den Gedanken der Talion. Die Talion aber, welche dem Verbrecher ein Uebel zuzufügen vorschreibt, das quantitativ und qualitativ identisch ist mit demjenigen, welches von ihm ausgegangen, ist abgesehen von ihrer

unsittlichen, verwildernden Grausamkeit und ihrer Unmöglichkeit in sehr vielen Fällen (wie will man politische Verbrechen, Gotteslästerung, Nothzucht durch Talion bestrafen?) auch gar nicht geeignet zu einer richtigen gerechten Ausgleichung, da sie einen ganz äußerlichen Maßstab (Auge um Auge, Zahn um Zahn) anlegt, welcher die psychische Wirkung der Verbrechen und der Strafen nicht berücksichtigt. — Die Hegel'sche Theorie geht von der Behauptung der Nichtigkeit des Unrechtes aus, welche, wenn sie mehr als Phrase wäre, es unnöthig und unmöglich machen würde, das schon an sich nichtige Unrecht erst noch durch Strafe zu vernichten. Dabei stützt sie sich auf eine unhaltbare Dreitheilung des Unrechtes und übersieht, daß das Verbrechen überhaupt nicht nothwendigerweise ein „Unrecht", eine Rechtsverletzung, sein muß.

Einen anderen Standpunkt nimmt die Herbart'sche Schule ein. Sie beruft sich auf die ethische Idee der Vergeltung oder der ausgleichenden Gerechtigkeit, zufolge welcher jede Wohlthat ebenso wie jede Uebelthat entgolten werden soll durch den Rückgang des gleichen Quantums von Wohl oder Uebel auf den Thäter. Hiermit ist nicht etwa die Talion deducirt, da dieselbe gar nicht geeignet ist, die richtige Gleichung herzustellen und wegen ihrer das Gemeinwesen entsittlichenden Wirkung das Uebel größer macht, als es schon ist, was dem Begriff der Ausgleichung widerspricht. Die Qualität der Strafmittel wird vielmehr bestimmt durch die Idee des Rechts, welche Sicherung der Rechtsordnung fordert und durch die Idee des Wohlwollens, welche die Besserung des Verbrechers befürwortet. Unter der Voraussetzung also, daß die Wahl gegeben ist zwischen verschiedenen Strafmitteln, muß jenes gewählt werden, welches in höherem Maße die Rechtsordnung sichert und die Besserung des zu Bestrafenden ermöglicht. Die Rücksicht auf diese Strafzwecke darf aber niemals zur Verletzung des Strafprincipes — der Vergeltung — führen. Das verdiente Quantum von Strafübeln muß über den Uebelthäter stets verhängt werden, und nur innerhalb dieser Schranken ist es die Aufgabe des Strafvollzuges, von sittlichem Geiste getragen, der Erreichung der angegebenen Strafzwecke (Sicherung und Besserung) möglichst gerecht zu werden. In solcher Weise kommt zu seiner bedingten Geltung, was die relativen Theorien Richtiges und Wahres in sich enthalten.

Die Forderung, daß den Uebelthätern entgolten werden soll, ist eine allgemein und unbedingt für alle Arten von Uebelthaten geltende. Es ist aber nicht Sache des Staates, in allen Fällen die Entgeltung durch Ausübung seiner Strafgewalt zu bewirken oder mit anderen Worten: Nicht jede Uebelthat ist ein Verbrechen im Sinn der Strafrechtswissenschaft. Das Nähere hierüber unten in der Lehre vom Thatbestand des Verbrechens. —

§. 3. Ueberblick der Geschichte des Strafrechts. Werfen wir zunächst einen Blick auf die geschichtliche Entwickelung des Strafrechts, so sehen wir, wie sich erst spät der Gedanke in der Strafrechtspraxis Bahn bricht, es sei die sittliche Pflicht des Staates, im Dienste der ausgleichenden Gerechtigkeit die Verbrechen zu strafen. Sie bedarf auch einer festen Staatsorganisation, wenn das furchtbare Recht über Leben und Tod, Freiheit und Ehre dem Inhaber der Staatsgewalt zugestanden werden soll. Wo die Staatsbildung noch in unvollkommener Weise vor sich gegangen ist, sehen wir die Entgeltung begangener Missethaten daher getragen von anderen Lebenskreisen. Sie zeigt sich in den Anfängen der historischen Zeiten einerseits bestimmt von dem Familienrecht, andererseits von theokratischen Anschauungen. Die Familie, patriarchalisch das Gemeinleben überwuchernd, schreibt sich ein bis zum Recht über Leben und Tod gehendes Strafrecht über ihre Mitglieder zu, sie

fühlt sich andererseits verletzt durch Verletzung ihrer Angehörigen und verschafft sich Genugthuung, nicht selten auf dem blutigsten Wege, gegenüber dem fremden Frevler. Gewisse Uebelthaten aber gelten auch als Beleidigung der Gottheit, deren Zorn durch Bestrafung, wo nicht Vertilgung des Ruchlosen besänftigt werden muß. So neigen beide Arten des Strafrechts, das Familien- und das theokratische Strafrecht, zur Grausamkeit, zur Blutrache und zur Entsühnung durch den Opfertod. Langsam bricht sich daneben der Gedanke des staatlichen Strafrechts Bahn. Der erstarkende Staat erkennt in den bedeutenderen Uebelthaten einen Bruch seiner Rechtsordnung, seines Friedens und reagirt hiergegen, und zwar geschieht dies natürlicherweise zuerst bei den directen Angriffen auf den Staat, den s. g. Staatsverbrechen, erst später bei den Privatverbrechen. Die Staatsgewalt faßt hierbei die Strafgewalt zunächst als einen wichtigen Zuwachs an Recht und Macht auf, und handhabt dieselbe im Geiste des Abschreckungssystemes ohne Rücksicht auf das Wohl des Verbrechers, nicht selten sie zugleich ausnützend zu selbstsüchtigen Zwecken und zur Bereicherung des Staatsschatzes. Zuletzt erst wird das Bewußtsein von der Pflicht des Staates herrschend, zu strafen im Dienste der sittlichen Ideen und in durchaus sittlichem Geiste. In diese historische Entwickelung haben überall auch die religiösen Anschauungen eingegriffen, namentlich wo es der Kirche gelang, ihr Rechtssystem auch auf die Regelung weltlicher und staatlicher Verhältnisse auszudehnen.

Für die Gestaltung des heute in Deutschland geltenden Strafrechts war von besonderer Bedeutung neben dem einheimischen auch das recipirte fremde, also das römische und kanonische Strafrecht. Darum ist eine kurze Charakteristik dieser beiden Rechtssysteme geboten.

Das römische Strafrecht steht bei weitem nicht auf jener hohen Stufe der Vortrefflichkeit wie das römische Privatrecht. Es hat sich niemals zu einem vollständig gegliederten Rechtssystem entwickelt. Nachdem die Herrschaft des religiösen Sacralrechts einerseits und der familienhaften Privatrache andererseits durch die erstarkende Staatsgewalt gebrochen war, kam diese doch niemals hinaus über die Schaffung von einzelnen Gelegenheitsgesetzen, welche aus Anlaß um sich greifender Verbrechen gegeben, zu verschiedenen Zeiten entstanden, nicht durch das Band eines allgemeinen Gesetzes über die Principien des Strafrechts und ebenso wenig durch die Entwickelung einer systematischen Doctrin über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen zusammengehalten, weder ein widerspruchsfreies, noch ein lückenloses Ganze bilden. Bewährt sich auch im einzelnen vielfach der bekannte Scharfsinn der römischen Juristen bei Interpretation ihrer Strafgesetze, so mußte doch gerade in diesem Theil des Rechts, wo es Noth gethan hätte, dem positivrechtlichen mangelhaften Detail durch die Herstellung eines zusammenhängenden Baues von allgemeinen Lehren eine tiefere Grundlage und einen Impuls zu lebendiger Fortbildung zu geben, die bekannte Scheu der römischen Juristen vor allgemeinen Deductionen und ihre vorherrschend privatrechtliche Auffassung hemmend auf die Entwickelung der Wissenschaft einwirken. Dazu kommt noch, daß einerseits eine Anzahl von Delicten, welche nach unserer heutigen sittlichen Anschauung dem Strafrechtsgebiete angehören, von den Römern vielmehr als s. g. Privatdelicte geradezu in civilistischer Weise behandelt werden und daß sich andererseits in dem betreffs der Staatsverbrechen waltenden Terrorismus der rechtsfeindliche Geist des römischen Despotenthums geltend macht, aus welchem auch das Bestreben hervorgeht, die Auflehnung gegen das in der späteren Zeit zur Staatsreligion gewordene Christenthum durch Feuer und Schwert zu vertilgen. Dem Strafrecht droht stets durch seinen unabweislichen Zusammenhang mit dem von Kämpfen durchwühlten Gebiet staats- und kirchenrechtlicher Gestaltungen eine Beeinträchtigung seines

wissenschaftlichen Charakters, welchen sich das Privatrecht durch seine Bewegung auf neutralem Boden leichter zu wahren weiß.

Aus der angedeuteten tumultuarischen Entwickelung des römischen Strafrechts ergibt sich auch schon die Folge, daß von einem alles beherrschenden Strafprincip bei ihm nicht die Rede sein kann. Charakteristisch ist aber ferner für das römische Recht die vorwiegende Betonung des subjectiven Elementes bei der Construirung des Thatbestandes der Verbrechen. Die Folge davon war eine Geneigtheit, den Versuch des Verbrechens ebenso strenge zu bestrafen, wie das vollendete Verbrechen, dagegen blos aus Fahrlässigkeit (culpa) begangene Handlungen vor den Civilrichter zu verweisen. Dem römischen Strafensystem ist im ganzen zur Zeit der höchsten Blüthe der Republik (wenn man absieht von der Behandlung der Sklaven und der Nichtrömer) eine große Milde eigen und in der allgemeinen Schätzung gilt damals die Verbannung aus dem Vaterlande für ein so großes Uebel, daß der römische Bürger sich jeder Strafe entziehen kann, wenn er sich freiwillig ins Exil begibt. Im Gegensatz hierzu entwickelt das Strafrecht der Kaiserzeit einen Terrorismus namentlich gegen politische Verbrecher, welcher sich selbst bis zur Bestrafung der Kinder und Kindeskinder steigert, wofür man sich, als das Christenthum Staatsreligion geworden war, auf das grausame mosaische Recht berief. —

Das kanonische Recht faßt das Verbrechen als Sünde auf, d. h. als eine Verletzung des göttlichen Gebotes, woraus sich einerseits eine ungehörige, fast ganz ausschließliche Berücksichtigung der subjectiven Seite des Verbrechens ergibt, so daß selbst der bloße sündhafte Gedanke der That selbst nahezu gleichgestellt wird, während andererseits die Reaction gegen das Verbrechen als eine öffentliche Angelegenheit der Kirche erscheint. Darum ist hier der Standpunkt der blos privatrechtlichen Behandlung des Delictes überwunden durch den Gedanken, daß es Pflicht sei, das Verbrechen zu sühnen und tritt an die Stelle der Strafe im Geiste der Kirche der Begriff der bessernden Zucht. Die kirchliche Strafe soll verhängt werden, um den Verbrecher mit Gott auszusöhnen und ihn auf den Weg des Gerechten zurückzuführen. Die Kirche will nicht, daß der Sünder sterbe, sondern daß er lebe und sich bessere. Es zeugt von einem auffallenden Verkennen dieser wahrhaft christlichen Anschauung, wenn heutzutage noch von den Strenggläubigen aller Confessionen in der Regel behauptet wird, die Todesstrafe sei ein Gebot des Christenthums. Die Vertheidiger einer solchen Lehre sinken zurück auf den Standpunkt des alten jüdischen Rechts und ihr Gott ist der strenge Jehovah, welcher die Sünden der Väter straft an Kindern und Kindeskindern.

Auf die Umgestaltung des weltlichen Strafrechts wirkte die Kirche namentlich dadurch, daß sie sich nicht blos über rein kirchliche Verbrechen (delicta ecclesiastica), sondern auch über die s. g. gemischten Delicte, delicta mixta (d. h. Verbrechen, welchen irgend eine nähere Beziehung auf die kirchlichen Gebote haben, wie Ehebruch, Incest, Sodomie, Blasphemie, Magie, Sacrilegium, Wucher), Gerichtsbarkeit zusprach. Die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit mit ihrer wohlgegliederten Organisation wirkte im Mittelalter bei der Ohnmacht, Zerfahrenheit und Unbehülflichkeit der weltlichen Strafrechtspflege vielfach wohlthätig ein. Namentlich wurde durch die Kirche auch der Rücksichtnahme auf Rang und Stand des Verbrechers, welche das Mittelalter charakterisirt, entgegengetreten. Ihr gelten alle Menschen als Kinder Gottes, auch der Fürst ist ihr nicht legibus solutus und in diesem Sinne sucht sie den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze durchzuführen. —

Im ältesten germanischen Strafrecht finden wir neben theokratischen Anklängen eine sehr ausgedehnte Geltung der Privatrache. Das Fehderecht war im weitesten Umfang anerkannt und die Volksgerichte wurden erst thätig, wenn sie vom Verletzten an=

gerufen wurden, denn dieser konnte allerdings, auf die Privatrache verzichtend, auf eine Buße, eine compositio, welche bei der Tödtung Wergeld hieß, klagen. Diese Buße erschien also als ein Schadensersatz für die zugefügte Verletzung und ebenso mußte nun der Verletzer auch an das Gemeinwesen eine Vergütung für den vom Gericht ihm wieder zu gewährenden Frieden, das Friedensgeld zahlen. Diese Auffassung der Strafe als eines Schadensersatzes führte dazu, das Verbrechen vorzugsweise äußerlich nach dem zugefügten Schaden abzuschätzen und im Gegensatz zu dem römischen und kanonischen Recht die subjective Seite des Delictes weniger zu würdigen. Hier griff einerseits die kirchliche Anschauung modificirend ein, andererseits nahmen auch mit der Erstarkung der Königsmacht die öffentlichen Strafen an Leib und Leben überhand. Gleichwohl gelang es während des ganzen Mittelalters nicht, das Fehderecht und das Compositionensystem vollkommen zu beseitigen. Die unglückseligen politischen Verhältnisse, die Zersplitterung des Reichs in Hunderte nahezu unabhängiger Territorien, die Unbehülflichkeit der deutschen Gerichtsverfassung und die große Mangelhaftigkeit des Strafverfahrens — das alles wirkte zusammen, um die Gestaltung der Strafrechtspflege zu einer fast unerträglichen zu machen. Hülfe suchte man zunächst am Ende des Mittelalters in der Reception des römischen und kanonischen Rechts. Allein gerade in dem strafrechtlichen Gebiet war eine solche Reception wegen des innigen Zusammenhanges dieses Rechtstheiles mit den staatsrechtlichen Verhältnissen und der nationalen ethischen Anschauung nicht ohne weiteres durchführbar, und so machte sich das Bedürfniß einer allgemeinen Strafgesetzgebung geltend. Veranlassung zu der Abfassung derselben gaben die wiederholten Klagen des Reichskammergerichtes über die entsetzlichen Mißstände in der Strafrechtspflege. Nach mannichfaltigen Vorarbeiten kam so endlich auf Grundlage der von Joh. Freiherrn von Schwarzenberg verfaßten, im Jahre 1507 in den bischöflich Bambergischen Ländern publicirten Bambergischen Halsgerichtsordnung, im Jahre 1532 auf dem Reichstag zu Regensburg ein das Strafrecht und den Strafproceß behandelndes Reichsgesetz zu Stande unter dem Titel: „Des allerdurchleuchtigsten großmechtigsten vnüberwindtlichen Keyser Karls des fünfften: vnnd des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichtsordnung“; kurzweg als peinliche Gerichtsordnung (P. G. O.) oder Constitutio Criminalis Carolina (C. C. C.) citirt. Sie wurde übrigens leider nur als subsidiäres Gesetz unbeschadet der bestehenden Particularrechte publicirt. So konnte sie nicht zu gehöriger Wirksamkeit gelangen, obwohl sie unzweifelhaft gegenüber den Particulargesetzen des 16. und selbst des 17. Jahrhunderts auf einer relativ hohen Stufe der Vollkommenheit steht. Die Carolina hat, ohne einen vollständigen allgemeinen Theil aufzustellen, dennoch die allgemeinen Lehren des Strafrechts wesentlich gefördert und hierbei sowie bei Aufstellung der Verbrechensthatbestände in der Regel zwischen der römischen und deutschrechtlichen Ansicht nicht ohne Glück zu vermitteln gewußt. Leider war der Zustand der Doctrin und Praxis bis in das 18. Jahrhundert hinein ein im ganzen sehr erbärmlicher, so daß man zu einem wissenschaftlichen Verständniß der Carolina erst zu einer Zeit gelangte, als sie mit ihren grausamen Strafen den milderen Sitten durchaus widerstrebte und die neuere Particulargesetzgebung selbst die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts ausschloß.

Die Carolina selbst erkannte das römische und kanonische Recht als recipirt an und verwies auf sie zur Ergänzung etwaiger Lücken. Der Rechtszustand war also bis ins 18. Jahrhundert hinein der, daß zunächst Particularrecht und subsidiarisch in erster Linie die Carolina sammt den spärlich ergangenen sonstigen Reichsgesetzen, in zweiter Linie das recipirte fremde Recht galt. Auf diese Weise war vieles der Wissenschaft überlassen, welche sich aber unfähig erwies für die ziemlich schwierige Arbeit, die Rechtsquellen zu einem harmonischen Ganzen zu gestalten. Das Strafrecht wurde sogar erst seit dem

Anfang des 18 Jahrhunderts Gegenstand selbstständiger akademischer Vorträge und Lehrbücher. Die Praxis gestaltete sich seit dem Anbruche des Zeitalters der Humanität immer mehr zu einer rein willkürlichen, indem sie die harten Reichs- und Landesstrafgesetze nach subjectivem Belieben im Sinn der Milde umzudeuten suchte. Dadurch gerieth der Rechtszustand so sehr ins Schwanken, daß man in den größten Reichsländern es für geboten hielt, durch eine geschlossene Gesetzgebung dem richterlichen Belieben feste Schranken zu ziehen. Den Anfang damit machte Baiern. Hier wurde 1751 der Codex juris Bavarici criminalis erlassen, welcher die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts gänzlich beseitigt. So bethätigte sich zuerst die in volle Souveränetät umgewandelte Landeshoheit gegenüber der zu einem Schatten herabgesunkenen Reichsgewalt. Zunächst folgte auf diesem Wege Oesterreich durch den Erlaß der Constitutio Criminalis Theresiana vom 31. December 1768. Beide Gesetzbücher aber, das bairische sowohl wie das österreichische, stehen noch ganz unter dem Banne der alten terroristischen Anschauung und machen in mancher Beziehung selbst noch Rückschritte hinter die Carolina. Der Geist der Aufklärung, namentlich geweckt durch die französischen Encyclopädisten und genährt durch die aufgeklärten Fürsten und Minister jener Zeit, macht sich dagegen bereits in dem unter Kaiser Joseph II. für die österreichischen Erblande publicirten allgemeinen Gesetz über Verbrechen und Strafen vom 13. Januar 1787 geltend, welches sich durch seine Bündigkeit und durch die Beseitigung der Todesstrafe (für alle Fälle, wo nicht standrechtlich verfahren wird) auszeichnet. Diese Strafe wurde freilich schon im Jahre 1795 in Oesterreich wieder eingeführt. — Bald darauf trat auch in Preußen ein Strafgesetzbuch (enthalten in dem weitschweifigen 20. Titel des II. Buches des allgemeinen Landrechtes von 1794) in Kraft und endlich erschien im Jahre 1803 in Oesterreich ein von dem Josephinischen Gesetz vielfach abweichendes neues „Strafgesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen". Diese beiden letztgenannten Gesetzbücher repräsentiren vorzugsweise den Standpunkt der strafrechtlichen Doctrin am Ausgang des vorigen Jahrhunderts. Sie stehen in jeder Hinsicht an der Schwelle einer wichtigen Epoche für das Strafrecht. Denn die Strafrechtswissenschaft ging um jene Zeit namentlich durch die scharfsinnigen kritischen und dogmatischen Arbeiten Feuerbachs einem neuen Aufschwunge entgegen, welcher sich zuerst in dem bairischen Strafgesetzbuch von 1813 praktischen Ausdruck verschaffte, und um dieselbe Zeit versetzte die Auflösung des Deutschen Reiches dem gemeinen Recht, welchem schon durch die Gesetzbücher Baierns, Oesterreichs und Preußens ein großer Theil seines Geltungsgebietes entzogen worden war, den Todesstoß. Denn wenn auch nach dem Aufhören des Deutschen Reiches in vielen deutschen Ländern das aus der früheren Zeit her überkommene Recht fortbestehen blieb und so von einem thatsächlich gemeinsamen Recht gesprochen werden kann, so ruht diese Gemeinsamkeit doch nicht mehr auf der Unterlage einer einheitlichen staatlichen Gewalt und überall gilt von jetzt an das „gemeine Recht" höchstens als subsidiäres Landesrecht. Die bindende Kraft desselben beruht zuletzt nur auf der ausdrücklichen und stillschweigenden Gestattung des souveränen Landesherrn und das „formell gemeine Recht" existirt von jetzt an nur in den Köpfen der Theoretiker.

Ueberdies entfaltet nun die Gesetzgebung eine immer regere Thätigkeit und läßt jenem s. g. gemeinen Recht nur noch in einigen kleinen Gebieten praktische Geltung in dem oben angegebenen Sinn. Die Reihe dieser neueren Gesetzbücher eröffnet, wie schon oben erwähnt wurde, das Werk Feuerbachs, das bairische Gesetz von 1813, welches durch seinen systematischen Aufbau und die musterhafte Präcision der Sprache epochemachend war. Dabei ruht es freilich auf der unhaltbaren Abschreckungstheorie Feuer-

bachs und sucht der früher herrschenden Willkür der Richter in verkehrter Weise durch eine allzu große Einengung des richterlichen Ermessens und durch das Verbot des Commentirens zu begegnen. Neben diesem bairischen Gesetzbuch sind hier noch folgende deutsche Strafgesetzbücher zu nennen, welche heutzutage, da sie neueren Gesetzen weichen mußten, nur noch historische Bedeutung haben:

1) Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom Jahre 1838, welches im wesentlichen dem noch jetzt im Herzogthum Sachsen-Altenburg geltenden Criminalgesetzbuch vom 3. Mai 1841 zu Grunde liegt.

2) Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840, welches an Präcision des Ausdrucks hinter dem bairischen Gesetz von 1813 bedeutend zurücksteht, ihm dagegen an Härte der Strafen (es kennt sogar geschärfte Todesstrafe!) wenig nachgibt. Es ist übrigens in Folge der Einverleibung Hannovers in die preußische Monarchie neuestens außer Kraft getreten.

§. 4. Quellen des heutigen deutschen Strafrechts. Was die jetzt noch geltenden deutschen Strafgesetzbücher betrifft, so sind sie, der chronologischen Aufeinanderfolge nach betrachtet, folgende:

1. Das würtembergische Strafgesetzbuch vom Jahre 1839, ein Gesetz, dessen schwächste Seite die terroristische Behandlung der Staatsverbrecher ist.

2. Das braunschweigische Strafgesetzbuch vom Jahre 1840, hervorragend durch relative Milde des Strafensystems und durch die Uebersichtlichkeit der Anordnung, sowie die Bündigkeit des Ausdrucks. — Dieses Gesetzbuch ist im Jahre 1843 in fast ganz unveränderter Gestalt auch für das Fürstenthum Lippe-Detmold zum Gesetz erhoben worden.

3. Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom Jahre 1841, das seiner vielen Vorzüge wegen auch in Nassau (im Jahre 1849, unter Beseitigung der Todesstrafe), in Frankfurt a. M. und in Homburg Eingang fand, wo es jetzt aber wieder durch das preußische Recht beseitigt ist.

4. Das badische Strafgesetzbuch vom Jahre 1845, welches bei vielen Vorzügen doch eine Menge Definitionen von Begriffen enthält, deren Entwickelung der Doctrin überlassen werden muß.

5. Die kleinen thüringischen Staaten vereinigten sich im Jahre 1849 zur Abfassung eines gemeinsamen Strafgesetzentwurfes, welcher mit einzelnen Modificationen in dem Zeitraum von 1850 bis 1864 nach und nach Gesetzeskraft in Sachsen-Weimar, den beiden Schwarzburg, Anhalt, Meiningen, Koburg-Gotha und Reuß jüngerer Linie erhielt. Dieses sog. thüringische Strafgesetzbuch schließt sich hauptsächlich dem sächsischen Criminalgesetzbuch von 1838 an.

6. In Preußen kam nach vielfachen Entwürfen endlich im Jahre 1851 ein Strafgesetzbuch zu Stande, welches unleugbar durch die Bündigkeit seiner Sprache und die Durchsichtigkeit seiner systematischen Gliederung die übrigen deutschen Gesetzbücher übertrifft, während es freilich von mannichfachen Härten, namentlich betreffs der Staatsverbrechen, ebenso wenig freigesprochen werden kann, als von einer bedauerlichen Connivenz gegen unhaltbare Anschauungen des französischen Rechts. Zu dieser wurde man veranlaßt dadurch, daß bis dahin der französische Code pénal in den Rheinlanden Geltung gehabt hatte. Gegenüber der despotischen Härte dieses Gesetzbuches ist freilich das preußische väterlich mild. Das preußische Gesetzbuch wurde mit unwesentlichen Aenderungen im Jahre 1858 in Waldeck und mit erheblichen Modificationen des Strafensystems im Jahre 1864 in Lübeck adoptirt. Auch in Oldenburg, dessen Gesetz vom Jahre 1814 fast

ganz mit dem bairischen von 1813 übereinstimmt, schloß man sich durch Publication des Strafgesetzbuches von 1858 im wesentlichen dem preußischen Recht an, jedoch unter erheblicher Verbesserung des Strafensystems, namentlich mit Beseitigung der Todesstrafe und des lebenslänglichen Verlustes der bürgerlichen Ehre.

7. Das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 ist nur eine verbesserte Ausgabe des Gesetzbuches von 1803. Abgesehen von manchen veralteten Definitionen des allgemeinen Theiles zeigt sich als auffallendster Mißstand der Terrorismus in Androhung zahlreicher lebenslänglicher Ehrenfolgen für alle und namentlich auch die politischen Verbrechen, welche letztere überhaupt viel zu hart behandelt werden.

8. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom Jahre 1855, ein den alten Ruhm der sächsischen Juristen von neuem bewährendes Gesetz, welches freilich dem Doctrinarismus etwas zu sehr huldigt und in der Behandlung der politischen Verbrechen die Reactionszeit, in welcher es entstanden ist, nicht zu verleugnen vermag. In neuester Zeit (1862) wurde es mit wenigen Abänderungen auch in Reuß älterer Linie als Gesetz publicirt und am 1. October 1868 einer erheblichen Revision unterworfen.

9. Das bairische Strafgesetzbuch vom Jahre 1861 zeigt, da man auch hier Rücksicht zu nehmen hatte auf das vorher in der Rheinpfalz geltende französische Recht, viele Verwandtschaft mit dem preußischen Strafgesetzbuch. Die Redaction des bairischen Gesetzes ist aber eine schwerfälligere und weniger präcise, als die des preußischen, dessen Härten dagegen in jenem hier und da beseitigt sind. —

Da durch die Einverleibung in Preußen auch in Kurhessen und Schleswig-Holstein das preußische Recht an die Stelle des gemeinen getreten ist, während Liechtenstein sich ganz der österreichischen Gesetzgebung angeschlossen hat, da ferner Hamburg kürzlich eine neue Strafgesetzgebung erhielt, so gilt das sog. gemeine Recht nur noch in den beiden Mecklenburg, in Bremen und Schaumburg-Lippe. Die Quellen desselben sind neben einzelnen einheimischen Gesetzen, die deutschen Reichsgesetze, namentlich die Carolina, ferner das kanonische und das römische Recht. Auch das Gewohnheitsrecht gilt in den Ländern des sog. gemeinen Rechts als Rechtsquelle und ist als solche ausdrücklich in der C.-C.-C. anerkannt.

Der Zustand der deutschen Strafgesetzgebung ist, wie dieser Ueberblick lehrt, der einer unerfreulichen Zersplitterung. Wie auf anderen Gebieten wird aber auch auf diesem die nächste Zukunft schon eine Wendung zum Besseren bringen. Während in Oesterreich demnächst (zu Ende des Jahres 1868) im Abgeordnetenhause die Berathungen über einen neuen Strafgesetzentwurf beginnen[1], welcher wenigstens zum Theil mit den alten Traditionen bricht und im Strafensystem einen großen Fortschritt macht, geht man andererseits an die Vorarbeiten für die Abfassung eines Entwurfs, welcher dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund zur Grundlage dienen soll. Möge man dabei die formellen Vorzüge des preußischen Gesetzes würdigend die Gallicismen und die Härten desselben beseitigen. Dann würden wir in dem neuen Gesetzbuch ein Werk begrüßen, welches sehr bald auch in Süddeutschland moralische Eroberungen zu machen berufen wäre. Das Königreich Sachsen hat noch in letzter Stunde, erst im Jahre 1868, die Todesstrafe abgeschafft und wir wünschen von ganzem Herzen, daß nie mehr in seinem Gebiete unter norddeutscher Aegide das Schaffot wieder errichtet werde. —

In der gegebenen Uebersicht ist zugleich die Angabe der hauptsächlichsten Quellen des heutigen deutschen Strafrechts enthalten. Allerdings gibt es neben den genannten

[1]) Neuestens (November 1868) sind diese Berathungen vertagt worden und scheint das Justizministerium an eine abermalige Umarbeitung des Entwurfs zu denken.

noch mannichfache ergänzende und abändernde Gesetze und Novellen. Dagegen wird in den neueren Gesetzbüchern überall der Satz ausgesprochen: nullum crimen sine lege, durch welchen dem Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts — und mit gutem Grund — der Lebensnerv abgeschnitten ist. Nur das Festhalten an dem Grundsatze, daß keine Handlung als Verbrechen behandelt werden darf, welche nicht durch ein vorhergehendes Gesetz für ein solches erklärt wurde, vermag einen Schutz gegen Willkür der Richter und Cabinetsjustiz zu gewähren. —

Treten wir nun dem Inhalt des Strafrechts näher, so müssen wir vor allem bemerken, daß dieses in einen allgemeinen und in einen besonderen Theil zerfällt. Jener umfaßt die Lehre von dem allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, von den Strafmitteln und der Anwendung der Strafgesetze, der besondere Theil dagegen handelt von dem besonderen Thatbestand der einzelnen Verbrechensarten und von deren Bestrafung.

I. Allgemeiner Theil.

A. Vom allgemeinen Thatbestand des Verbrechens.

§. 1. Begriff des Verbrechens. Definirt man den Begriff des Verbrechens mit Rücksicht auf das positive Recht, so kann man nur sagen, Verbrechen sei eine Handlung, welche der Staat mit Criminalstrafe bedroht. Man mag dies den formellen Begriff des Verbrechens nennen, während der materielle die Frage zu beantworten hat: welche Handlung der Staat mit Criminalstrafen bedrohen solle?

Vor allem läßt sich hierauf sogleich antworten, daß Strafe überhaupt nur zulässig sei unter der Voraussetzung einer begangenen Uebelthat als Entgeltung derselben, weshalb es sittlich verwerflich ist, wenn der Staat an sich indifferente, keine Verletzung in sich enthaltende Handlungen dennoch (als sog. delicta juris civilis) mit Strafe bedroht. Nur von dem Gesichtspunkt aus, daß auch aus solchen Handlungen Verletzungen hervorgehen können, ist es gestattet und um des gemeinen Wohles willen geboten, sie als „gefährliche" polizeilich zu bestrafen.

Aber es ist auch nicht die Aufgabe des Staates, jede Uebelthat vor seine Strafgerichte zu ziehen. Zahllose Verletzungen sind von einer solchen Geringfügigkeit, daß ihre Ahndung durch den Staat außer allem Verhältniß mit ihrer Bedeutung stehen würde. Selbst bedeutendere Rechtsverletzungen werden auf ausreichende Weise durch den Civilproceß und seine Folgen ausgeglichen. Der Staat kann überdies auf die Zustimmung der sittlich Gebildeten zur Ausübung seiner Strafgewalt und auf jene Anerkennung, ohne welche das Strafen blos eine Thatsache der Macht, aber keine rechtlich begründete Function wäre, blos dann rechnen, wenn er nur jene Uebelthaten als Verbrechen behandelt, welche entweder wegen der ihnen zu Grunde liegenden Gesinnung oder wegen des Umfanges des aus ihnen entspringenden Uebels von der geläuterten öffentlichen Meinung als Angriffe auf die Grundlagen des Staates selbst angesehen werden, so daß ihre Bestrafung als eine Angelegenheit des Staates erscheint, ihre Unbestraftheit als ein allgemeines Uebel gefühlt wird. Die Ausdehnung der Strafgewalt des Staates hängt somit von historisch gegebenen Verhältnissen ab, und es ist ein Irrthum, zu glauben,

man könne die Unterscheidung zwischen dem Verbrechen und dem „Civilunrecht", oder überhaupt zwischen jenem und allen anderen Uebelthaten a priori feststellen. Es kommt auf die Feinfühligkeit der ethischen Volksanschauung und auf die größere oder geringere Solidität des Staatsgebäudes an. Je mehr eine höher cultivirte Zeit eindringt in die psychologischen Beziehungen der mannichfachen Uebelthaten, desto häufiger findet sie, daß die Reaction gegen dieselben anderen, mit dazu mehr passenden Organen ausgerüsteten Gemeinschaften oder dem Richteramt der öffentlichen Meinung überlassen werden muß, desto häufiger erkennt sie auch, daß die äußerlichen, schwerfälligen und derben Strafmittel, welche dem Staat zu Gebote stehen, bei Entgeltung vieler Uebelthaten den Dienst versagen, welche eine weniger fein distinguirende Zeit als Verbrechen behandelt. So verengt sich mit der steigenden Cultur das Gebiet des staatlichen Strafrechts immer mehr, ohne daß man etwa hierin wie die laudatores temporis acti ein Kennzeichen erschlaffter sittlicher Gesinnung finden darf. Es zeugt vielmehr von einer geläuterten Auffassung, wenn der Staat zurücktritt von einem Gebiet, für dessen Beherrschung ihm die Feinheit der Organe mangelt. Es zeugt sodann von selbstbewußter Festigkeit des staatlichen Organismus, wenn die direct auf seinen Bestand gemachten Angriffe von ihm nur ausnahmsweise so schwer empfunden werden, daß er ihnen mit seiner Strafgewalt entgegentritt. — Wohl verdient noch bemerkt zu werden, daß wir keine Nachgiebigkeit gegen die frivole Meinung des Tages vertheidigen, wenn wir verlangen, der Staat solle seine Strafgewalt nur dort ausüben, wo es gefordert wird von der Stimme des sittlich gebildeten Kernes der Bevölkerung, daß also die Strafrechtspflege getragen sein müsse von der Zustimmung und Anerkennung der öffentlichen Meinung im besten Sinne des Wortes. Damit der Staat auch stets Fühlung behalte mit der Volksanschauung, empfiehlt sich (abgesehen von anderen Vorzügen des Instituts) die Zuziehung von Geschworenen bei Verwaltung der Strafrechtspflege.

§. 2. Die Zurechnung in strafrechtlicher Hinsicht. Wir schreiten nun zur Zergliederung des allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens. Jedes Verbrechen ist eine Handlung, nicht blos eine Thätigkeit, denn die nothwendige Voraussetzung für Verhängung der Strafe ist die, daß das eingetretene Uebel zurückgeführt werden kann auf den Willen eines Menschen, dem das Geschehene zurechenbar ist. Die ethische Forderung der Vergeltung hat ohne diese Voraussetzung keinen Sinn. Darum muß die Lehre vom Thatbestand mit der Erörterung über die Zurechnung und die damit zusammenhängenden Begriffe beginnen

Wir stehen hiermit auf einem mannichfach bestrittenen psychologischen Boden und müssen es uns versagen, auf die große Controverse über die Freiheit des menschlichen Willens einzugehen. Die folgende gedrängte Darstellung stützt sich auf die Resultate, welche die wissenschaftliche Psychologie der Herbart'schen Schule gefunden hat.

Die Voraussetzung für die Zurechnungsfähigkeit eines Menschen ist die, daß er psychische Freiheit besitze. Diese ist wohl zu unterscheiden von der sittlichen Freiheit, welche vorhanden ist, wenn der Mensch seiner sittlichen Ueberzeugung gemäß will und handelt. Psychische Freiheit liegt dagegen nicht blos in diesem Fall vor, sondern überhaupt dann, wenn der Mensch sein Wollen zu beherrschen im Stande ist durch die von seinem Ich ausgehenden, in den praktischen Grundsätzen (welche nicht sittliche sein müssen) ausgesprochenen Gebote und Verbote. Wer diese „Selbstbestimmungsfähigkeit" nicht besitzt, ist psychisch unfrei, eine widerstandslose Beute der einzelnen in seinem Gemüth auftauchenden Begehrungen, für welche er daher keine Verantwortlichkeit hat. Die Kraft der Selbstbeherrschung ist übrigens in jedem Menschen nur in einem bestimmten Grade

vorhanden, keiner ist absolut frei und am allerwenigsten kann davon die Rede sein, daß der Mensch von Geburt an schon mit Freiheit begabt sei. Das Kind wird vielmehr ohne jene s. g. Selbstbestimmungsfähigkeit geboren und nur nach und nach erwirbt es sich psychische Freiheit. Es ist auch nicht richtig, daß die psychische Freiheit keiner Abstufungen, keiner Grade fähig sei. Im Gegentheil ist, wie gesagt, die Kraft der Selbstbeherrschung in mannichfacher Entwickelung in den Menschen vorhanden und stets eine relative. Es ist allerdings richtig, daß ein bestimmtes Wollen nur entweder frei oder unfrei sein kann. Aber das freie Wollen kann auch in verschiedenem Grade frei sein. Dem Gebote oder Verbote des Ich können sich so viele Vorstellungsmassen und physiologische Reize entgegenstemmen, daß die Herrschaft über das Wollen eine im höchsten Maße eingeschränkte wird, ohne daß sie doch vollständig verloren geht. Der Ausdruck „verminderte Zurechnungsfähigkeit" ist dabei freilich nicht immer am Platz. Man muß nämlich folgende Begriffe genau unterscheiden:

Die Zurechnung ist das Urtheil, welches aussagt, daß eine That aus dem Ich eines Menschen entsprungen sei. Zurechnungsfähig ist derjenige Mensch, welchem zugerechnet werden kann, daß er psychische Freiheit besitzt. Nun kann Jemand im allgemeinen psychisch so weit entwickelt sein, daß er fähig ist, aus seinem Ich Handlungen hervortreten zu lassen, in einem bestimmten Fall können aber seine psychischen Kräfte ihm den Dienst versagen, so daß er, obwohl ein im allgemeinen Zurechnungsfähiger, in diesem Fall psychisch unfrei erscheint. Die That selbst erscheint aber als zurechenbar, wenn sie auf das Ich eines Menschen zurückzuführen ist. Sonach kann ein an sich Zurechnungsfähiger (nicht Geisteskranker u. s. w.) doch unzurechenbare Thaten (z. B. von einem Affect hingerissen, oder von einem Irrthum verblendet) verüben.

Die Zurechnungsfähigkeit genügt nicht schon für sich allein zur criminalistischen Zurechnung. Zu dieser wird nämlich nicht blos Selbstbestimmungsfähigkeit erfordert, sondern auch die Einsicht, daß die Handlung verletzende Folgen nach sich zieht, also daß sie eine Uebelthat ist. Das dreijährige Kind, welches schon im Stande ist, bis zu einem gewissen Grade sich selbst zu beherrschen, kann gleichwohl wegen einer begangenen Rechtsverletzung nicht bestraft werden, da es keinen Begriff von Recht und Unrecht hat. Es kann an denjenigen nicht die Zumuthung gestellt werden, sein rechtsverletzendes Wollen zu beherrschen, welcher gar nicht im Stande ist, das rechtsverletzende Wollen von einem nicht rechtswidrigen zu unterscheiden. Leicht einzusehen ist nun aber, daß die Einsicht in die verletzende Natur einer Handlung 1) bei verschiedenen Individuen zu verschiedener Zeit und 2) auch in demselben Individuum nicht gleichzeitig betreffs aller strafbaren Handlungen sich entwickeln wird. Früher gewiß wird das heranwachsende Kind einsehen lernen, daß Körperverletzung und Tödtung eine Uebelthat und etwas Unerlaubtes ist, als solche Einsicht etwa betreffs der Fundunterschlagung und des Stehlens aus Naschhaftigkeit erwachen wird. Strenge genommen müßte also in jedem einzelnen Fall untersucht werden, ob derjenige, welcher eine Uebelthat verübt hat, bereits so weit psychisch entwickelt war, um die Unerlaubtheit derselben einsehen zu können. Gleichwohl ist es nicht zu empfehlen, diesen Weg, welchen das französische, preußische und bairische Recht eingeschlagen haben, zu wählen, da es ein peinliches und widriges Schauspiel ist, wenn selbst gegen vier- und fünfjährige Kinder ein Strafverfahren eingeleitet wird. Mit gutem Grund folgen die meisten Gesetzbücher dem römischen Recht, welches eine feste Altersgrenze für den Beginn der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit zieht, nur gehen manche zu weit, wenn sie das erreichte vierzehnte Jahr zu dieser Grenze machen, während das römische Recht das siebente Jahr als entscheidend ansieht. Unseren klimatischen Verhältnissen entspricht es wohl am besten, Zurechnungsfähigkeit mit dem vollendeten zehnten Jahr anzunehmen.

Natürlich ist durch eine solche gesetzliche Bestimmung niemals der Beweis ausgeschlossen, daß auch ein Mensch, der jenes Normaljahr überschritten hat, zurechnungsunfähig sei.

Im Hinblick auf den angegebenen Begriff der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit werden sich die Gründe, welche diese Fähigkeit aufheben, unter folgende Rubriken zusammenstellen lassen:

I. Unvollkommene psychische Entwickelung.

Hierher gehört: 1) die Kindheit in dem oben näher bezeichneten Sinne, 2) der angeborene Blödsinn, 3) der Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, 4) die völlige Wildheit (bei uns selten praktisch).

II. Vorübergehende (vollständige) Hemmung der psychischen Freiheit. Namentlich:

1) Schlafzustände, wie Schlaftrunkenheit, Traum, Nachtwandeln. Der physiologische Druck, welcher in solchen Zuständen auf Gehirn und Nervensystem ausgeübt wird, hebt, wenn er im höchsten Grad vorhanden ist, die Zurechnung für etwaige Körperthätigkeit auf.

2) Die volle Berauschung, herbeigeführt durch den Genuß berauschender Ingredienzien, namentlich geistiger Getränke. Es kann jedoch vorkommen — was sich übrigens auch bei den Schlafzuständen denken läßt — daß der Zustand der Berauschung nicht ohne Verschulden des Thäters eingetreten ist und in einem solchen Fall ist die Zurechnung der im Rausch verübten Verletzung zur Fahrlässigkeit (culpa) nicht von vornherein ausgeschlossen. Ja man muß noch weiter gehen. Wenn sich nämlich Jemand absichtlich in den Zustand der vollen Berauschung oder in einen Schlafzustand versetzt, um in demselben einen verbrecherischen Erfolg herbeizuführen und wenn er auch seine Absicht in der angestrebten Weise verwirklicht, so ist ihm das Gethane zur Absicht zuzurechnen, da hier unleugbar ein Causalzusammenhang zwischen der Absicht und der That vorliegt. Man nennt solche Handlungen gewöhnlich actiones liberae in causa, ist aber freilich weder in der Theorie noch in der Gesetzgebung über ihre Auffassung ganz einig.

3) Der Affect, eine meist durch plötzlich in das Gemüth neu eintretende Vorstellungen hervorgerufene bedeutende Abweichung von dem Gleichgewichtszustand der Vorstellungen (wohl zu unterscheiden von der Leidenschaft) kann sich bis zu einer solchen Höhe steigern, daß er die Besonnenheit und Selbstbeherrschung vollständig raubt.

4) Vorübergehende Geisteskrankheiten.

III. Als dauernde (vollständige) Hemmung der psychischen Freiheit erscheinen die dauernden Geisteskrankheiten, in deren Charakterisirung die neuere Psychiatrie bedeutende Fortschritte gemacht, manchmal auch freilich sehr bedenkliche Theorien entwickelt hat. Besondere Schwierigkeiten bereiten die s. g. lichten Zwischenräume, die man nicht selten auch da angenommen hat, wo blos ein Zurücktreten der äußeren Krankheitserscheinungen bei fortdauernder Geistesstörung vorliegt, während von wirklicher zeitweiliger Geistesgesundheit und folglich Zurechnungsfähigkeit nur die Rede sein kann bei wirklicher Periodicität der Geisteskrankheit.

Eine selbstständige Betrachtung erfordert noch der s. g. Nothstand im criminalistischen Sinne. Er ist im allgemeinen dann vorhanden, wenn Jemand sich in der Lage befindet (oder doch zu befinden glaubt), entweder fremde Güter in verbrecherischer Weise antasten oder irgend eins der ihm gehörigen Güter verlieren zu müssen. Gewiß ist es nun, daß die Noth kein Rechtstitel ist, da Andere deshalb nicht ihre Rechte verwirkt haben können, weil ich mich in einer bedenklichen Lage befinde, obwohl auch das angebliche „Nothrecht" seine Anhänger zählt. Ebenso gewiß ist es andererseits, daß die Nothlage Affecte hervorrufen kann, welche vollständige psychische Unfreiheit bewirken. Allein man geht gewöhnlich noch weiter in Berücksichtigung des Nothstandes, und läßt selbst

Digitized by Google

solche in demselben verübte Handlungen, welche mit Besonnenheit im Zustande psychischer Freiheit begangen und an sich eigentlich verbrecherisch sind, straflos, wenn man sich nach billiger Erwägung aller Verhältnisse sagen muß: es würde ein über den an die menschliche Sittlichkeit zu legenden Durchschnittsmaßstab weit hinausgehender heroischer Tugendmuth dazu gehört haben, in einer solchen Lage das fremde Gut unangetastet zu lassen und den eigenen Verlust mit Gleichmuth zu ertragen. Es wird demnach gewissermaßen ein Zustand der Zurechnungsunfähigkeit fingirt, weil man sittlichen Heroismus nicht wohl unter Strafe gebieten kann.

Wenn die psychische Freiheit, wie wir sagten, Grade hat und sich ein allmähliger stetiger Uebergang von der vollen Freiheit zur vollen Unfreiheit denken läßt, so wird der Strafgesetzgeber dies nicht ignoriren dürfen. Die volle Zurechnung darf nicht eintreten, wenn ein Zustand der geminderten Freiheit nachgewiesen wird. Es müssen also Zustände, welche an die Zurechnungsunfähigkeit angrenzen, als Strafmilderungsgründe erklärt werden, so daß es dem Richter möglich ist, sie im vollen Maße zu berücksichtigen und bis zu einem Minimum der Strafe herabzugehen. Die Zustände, welche hierher gehören, sind: 1) Schwachsinnigkeit, 2) der Affect, sobald er die Freiheit nicht ganz raubt, 3) die Berauschung unter derselben Voraussetzung, 4) Zustände, welche an den Nothstand angrenzen. Endlich wird man hierher auch zu rechnen haben 5) die Jugend in dem Sinne, daß eine mildere als die ordentliche Strafe eintreten soll für solche Verbrecher, welche zwar der Kindheit entwachsen, doch wegen ihres jugendlichen Alters (ihrer Minderjährigkeit) noch nicht die volle geistige Reife und die vollständige Einsicht in die Tragweite ihrer Handlungen besitzen. In den neueren Gesetzbüchern, (namentlich in den sächsischen) werden die erwähnten Zustände zum Theil viel besser gewürdigt, als es früher der Fall war. —

Endlich bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß eine Körperthätigkeit, welche gänzlich unwillkürlich, also keine Handlung ist, ganz unzurechenbar ist, daher der s. g. physische oder mechanische Zwang (vis absoluta) die Strafbarkeit des Gezwungenen ausschließt. Man pflegt diesem physischen Zwang gewöhnlich den s. g. psychischen (vis compulsiva) entgegenzusetzen, worunter nichts anderes zu verstehen ist, als eine psychische Einwirkung auf einen Menschen, durch welche derselbe psychisch unfrei wird. Sie besteht in Drohungen (verbunden mit mechanischer Gewalt oder ohne solche), durch welche Affecte der Furcht und des Schreckens in einem solchen Maße erzeugt werden, daß Willensunfreiheit und daher Nichtverantwortlichkeit für die in einem solchen Zustand begangenen Handlungen die Folge ist. Diejenigen, welche als Anhänger der absoluten Freiheit die Möglichkeit des psychischen Zwanges leugnen und darum mit dem Satze coactus voluit, tamen voluit übereinstimmen, übersehen dabei (abgesehen von dem Irrthum, als könne irgend ein Mensch absolute Freiheit besitzen), daß zwar die That des in Folge psychischen Zwanges Handelnden auf seinen Willen zurückzuführen, also Handlung ist, daß der ihr zu Grunde liegende Wille aber unfrei, folglich dem Handelnden nicht zurechenbar ist. Consequenterweise müßten die Anhänger der absoluten Freiheit behaupten, daß der Affect niemals die Zurechenbarkeit aufhebe, ja von ihrem Standpunkt aus wird überhaupt eine Minderung oder Störung der Willensfreiheit, die ja eine absolute, also unveränderlich sich gleichbleibende sein soll, durch Rauschzustände, Geisteskrankheit u. s. w. unbegreiflich. —

Zuweilen hat man auch die Straflosigkeit der im Zustande der Nothwehr verübten Handlungen damit zu begründen gesucht, daß man auf die psychische Zwangslage hinwies, in welcher sich der Nothwehr Uebende befinde. Allein Handlungen der Nothwehr sind straflos, auch wenn keine psychische Unfreiheit nachgewiesen werden kann. Freilich beruht diese

Straflosigkeit nicht etwa auf einem angeborenen Recht, sondern zunächst wird sich der Staat bestimmt fühlen, die Straflosigkeit von Handlungen der nöthigen Selbstvertheidigung in einem gewissen Maße anzuerkennen, weil es widernatürlich wäre, auf den Trieb der Selbsterhaltung gar keine Rücksicht zu nehmen und weil solche in der Noth verübte Handlungen wohl nicht als eine Verletzung des Gemeinwesens empfunden werden. Fragt es sich nun aber nach der näheren Bestimmung jenes Maßes, so wird man hierfür das Princip der Vergeltung als entscheidend anerkennen müssen. Nothwehr ist die mit an sich strafgesetzwidriger Verletzung des Gegners vollzogene Selbstvertheidigung gegen einen gegenwärtigen (oder unmittelbar drohenden) rechtswidrigen Angriff, gegen welchen es (wenigstens nach der Meinung des Angegriffenen) kein anderes Mittel der Abwehr gibt, als die Selbstvertheidigung. Sie erscheint also als ein Gegenzwang gegen den vom Angreifer ausgehenden Zwang, als Gegengewalt im Hinblick auf eine Gewaltübung. Sie findet eben darum ihr nothwendiges Maß an der Gefahr, welcher sie abhelfen soll. Wenn der Angegriffene bei seiner gewaltsamen Selbstvertheidigung dem Anderen kein größeres Uebel zufügt, als dieser ihm angedroht hat, so kann er nicht bestraft werden, weil die Strafe der Ausdruck der ausgleichenden Gerechtigkeit (Vergeltung) sein muß; die von dem Angegriffenen gesetzte Uebelthat hat aber selbst nur ausgleichend und nicht über das Maß hinaus gewirkt; die Strafe kann nicht ihrem eigenen Princip zuwider eine theilweise hergestellte Ausgleichung wieder zerstören. Wohl aber wird sie den Angreifer treffen, dessen That als Verletzung des Gemeinwesens einer Sühne bedarf. Will man diese Verhältnißmäßigkeit zwischen Angriff und Vertheidigung nicht als Schranke der Nothwehr aufstellen, so muß man die Tödtung zur Rettung des geringfügigsten Eigenthumsgegenstandes gestatten, falls sie das einzige Mittel hierzu wäre. Uebrigens wird man bei Abwägung der Verhältnißmäßigkeit Rücksicht zu nehmen haben auf die subjective Anschauung des Angegriffenen über seine Lage, die ihm oft gefährlicher erscheint, als sie wirklich ist. Man wird dabei wohl bedenken müssen, daß die Art des Angriffs und nicht blos das Object desselben entscheide. Unzulässig ist auch die Beschränkung der Nothwehr auf Abwehr gegen Angriffe auf unersetzliche Güter, zumal die Unterscheidung zwischen unersetzlichen und ersetzlichen Rechten eine unbestimmbare und fließende ist. — Nothwehr ist gestattet gegen jeden rechtswidrigen Angriff, welchem überhaupt durch gewaltsame Abwehr entgegengetreten werden kann. — Nothwehr zur Vertheidigung eines Anderen wird in demselben Maße zu gestatten sein, wie die zur Selbstvertheidigung.

§. 3. Verbrecherische Absicht und Fahrlässigkeit. Nachdem von den Bedingungen der Zurechnung überhaupt gehandelt wurde, haben wir nun von den zwei Hauptarten der Zurechnung, der Zurechnung zur Absicht und jener zur Fahrlässigkeit zu sprechen.

Die verbrecherische Absicht (dolus) ist die Richtung des Willens auf das Uebel, dessen Herbeiführung mit Strafe bedroht ist. Man unterscheidet von derselben, obwohl namentlich die Gesetze hier von einer gewissen Nachlässigkeit des Ausdrucks sich nicht frei halten, den Vorsatz, d. h. die Richtung des Willens auf jene Thätigkeiten, welche als Mittel zur Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges dienen sollen. Bei einer Tödtung z. B. geht der Vorsatz auf das Abschießen eines Gewehrs, die Absicht auf Tödtung eines Menschen. Mit der Absicht darf auch die Endabsicht oder das Motiv des Thäters nicht vermengt werden. Diese Endabsicht und folglich auch der Umstand, ob sie verwirklicht, ob der Zweck des Thäters erreicht wurde, z. B. ob die Habsucht befriedigt wurde, welche zum Morde trieb, ist in der Regel, wenn die Gesetze nicht das Gegentheil bestimmen, gleichgültig für den Thatbestand des Verbrechens, dagegen wird man bei Festsetzung der Strafe allerdings auf das Motiv Rücksicht nehmen müssen, worüber später Näheres.

Man hat die verbrecherische Absicht in verschiedene Unterarten eingetheilt, in welcher Hinsicht wir hervorheben:

1) Die Eintheilung in bestimmte und unbestimmte oder besser in ausschließlich und eventuell bestimmte Absicht (dolus determinatus und dolus indeterminatus oder besser eventualis). Eine ganz allgemeine unbestimmte auf Beschädigung überhaupt gerichtete Absicht ist nur vorhanden, wenn ein Affect die Geistesklarheit trübt, sie fällt also unter den Begriff des s. g. Affectdolus (siehe Nr. 2). Dagegen ist einfach bestimmte Absicht vorhanden, wenn der Thäter seinen Willen auf einen bestimmten Erfolg ausschließlich richtet, während eventuell bestimmter Dolus vorliegt, wenn er von mehreren Erfolgen, welche möglich sind, aber welche nicht zugleich eintreten können, entweder den einen oder den anderen will, also eventuell in jeden willigt, endlich mehrfacher bestimmter Dolus, wenn die Absicht sich auf mehrere Erfolge der That richtet, die vereinigt eintreten können und deren gemeinsamer Eintritt (z. B. der Tod mehrerer Menschen in Folge einer Explosion) von dem Thäter gewollt wird. Der eventuelle Dolus ist namentlich in dem häufig vorkommenden Fall minder strafbar gegenüber dem bestimmten, wenn vorzugsweise die geringere Verletzung gewollt, eventuell aber auch die schwerere gebilligt wird. Tödtung mit bestimmtem Dolus ist strafbarer, als die Tödtung mit eventuellem Dolus, bei welcher der Thäter zunächst und vorzugsweise nur eine Verwundung beabsichtigte.

2) Die Unterscheidung zwischen überlegter Absicht (dolus praemeditatus) und der aus einer heftigen Gemüthsbewegung entstandenen (Affectdolus, impetus, dolus repentinus) ist eine wohlbegründete, da die bei jener vorhandene volle psychische Freiheit, welche es allen Abhaltungsgründen möglich macht, ihre Wirksamkeit gegen den verbrecherischen Willen zu entfalten, die Strafbarkeit dieses letzteren steigert, wenn er dennoch, zur That schreitend, seine Intensität offenbart. Hat dagegen der Affect zur Verübung des Verbrechens den Anstoß gegeben, so ist dieses minder strafbar. Dabei darf man sich von dem Ausdruck dolus repentinus nicht irre machen lassen und glauben, die überlegte Absicht erfordere zu ihrer Entwickelung und Verwirklichung stets eine längere Zeit. Die volle reifliche Ueberlegung kann bei geistesgewandten und namentlich in Verbrechen geübten Leuten auch ganz plötzlich vor sich gehen, so daß Absicht und That blitzesschnell aufeinander folgen, ohne daß dabei irgend eine Gemüthsbewegung die Willensfreiheit einengt. — Der Unterschied zwischen überlegtem und Affectdolus ist namentlich für das positive Recht dadurch wichtig, daß auf ihm der Begriff des Mordes im Gegensatz zum Todtschlag (Tödtung im Affectdolus) beruht. Mit dem Fall des s. g. Affectdolus darf man nicht jene oft vorkommenden Fälle verwechseln, in welchen die Verübung der That selbst Affecte erzeugt, die natürlicherweise nicht mildernd auf die Beurtheilung der Absicht einwirken können. —

Die sonstigen Eintheilungen des Dolus können wir hier übergehen, da sie zum Theil ganz veraltet sind, wie die in mittelbare und unmittelbare Absicht (dolus directus und indirectus) — welche allerdings im österreichischen Strafgesetzbuch noch vorkommt — und die in vorhergehende, begleitende und nachfolgende Absicht (daß die letztere ein Unding sei, ist leicht einzusehen), oder eines sehr genauen Eingehens in die Details zu ihrer richtigen Würdigung bedürfen würden, wie z. B. der Gegensatz von dolus specialis und generalis, welcher letztere in neuester Zeit wieder Anhänger gefunden hat. —

Unter der Voraussetzung einer bedeutenden Verletzung wird der Staat nicht umhin können, auch solche Handlungen zu strafen, welche nicht zur Absicht, sondern nur zur Fahrlässigkeit (culpa, Verschulden) zuzurechnen sind. Ließe sich freilich die Fahr-

lässigkeit, wie Manche meinen, nur auf einen Verstandesfehler zurückführen, so könnte von Strafe nicht die Rede sein, da man Jemanden deshalb, weil er weniger Verstand besitzt, als wünschenswerth wäre, nicht strafen kann. Nun läßt sich aber in der That die Fahrlässigkeit auf einen Willensfehler zurückführen. Mit Recht fordert man von dem Menschen, daß er an die Möglichkeit übler Folgen denken solle, welche sich aus seinen Handlungen entwickeln können, d. h. mit anderen Worten, man fordert, er solle aufmerksam sein wollen, damit Verletzungen vermieden werden. Er soll ferner, wenn eine besonnene Erwägung ihm die Gefährlichkeit der Handlung, welche er unternehmen will, zeigt, so viel Willenskraft haben, sich selbst diese Handlung zu verbieten. Dabei wird man allerdings keinen übertrieben strengen Maßstab anlegen, wenn es sich um Bestrafung einer Fahrlässigkeit, nicht blos um Wiedergutmachung des angerichteten Schadens handelt. Es hieße Unmöglichkeiten verlangen, wenn man den Menschen bei Strafe verpflichtete, bei jedem Unternehmen vor dem Beginn desselben alle denkbaren Eventualitäten zu erwägen und es aufzugeben, wenn unter denselben sich auch die Verletzung eines Anderen befände. Wenn man stets auch die entferntesten und unwahrscheinlichsten Erfolge jedes Unternehmens zu würdigen verbunden wäre, würde man überhaupt gar nicht zum Handeln kommen. Deliberante Roma Saguntum perit! Man kann also nicht mehr fordern, als die Rücksichtnahme auf jene nicht gar zu unwahrscheinlichen, im gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht allzu selten eintretenden Folgen, an welche ein besonnener, gewissenhafter Mann bei seinen Unternehmungen zu denken pflegt. Das Maß der gebotenen Aufmerksamkeit kann nicht etwa von dem Gesetz genau angegeben werden; hier ist vielmehr dem vernünftigen Ermessen des Richters ein weiter Spielraum angewiesen. Dieser wird Alter, Geschlecht, Temperament, Beruf und Bildung des Handelnden und die ganze Eigenthümlichkeit der Lage, in der er sich befand (die nicht selten ein rasches Handeln fordert) einer genauen Prüfung unterwerfen müssen.

Man pflegt die Fahrlässigkeit einzutheilen in unbewußte und bewußte. Unbewußte Fahrlässigkeit, Unvorsichtigkeit, negligentia ist dann vorhanden, wenn Jemand durch seine Handlung einen üblen Erfolg herbeiführt, an den er überhaupt nicht gedacht hat. Bewußte Fahrlässigkeit, Frevelhaftigkeit, luxuria hingegen dann, wenn der Thäter zwar an die möglichen üblen Folgen seiner Handlung denkt, trotzdem aber in der Hoffnung, daß keine solchen eintreten werden, handelt und nun der nicht gewünschte üble Erfolg eintritt. Allerdings ist es richtig, daß die bewußte Fahrlässigkeit im allgemeinen ein höheres Verschulden begründet und manchmal ganz nahe an ein doloses Verhalten angrenzt. Wer sich z. B. selbst durch die ganz augenscheinliche Gefahr für Menschenleben nicht abhalten läßt, ein Gewehr loszuschießen, unterscheidet sich wenig von demjenigen, der eventuell einwilligt darein, daß der Schuß einen Menschen treffe. Immer aber bleibt der Unterschied, daß jener den Tod des Andern nicht will und wünscht, während dieser äußersten Falles mit ihm einverstanden ist. Es ist selbst nicht allgemein richtig, daß die bewußte Fahrlässigkeit stets höher strafbar sei, als die unbewußte. Wer die Möglichkeit einer Verletzung erwägend, Vorsichtsmaßregeln gegen dieselbe trifft, welche aber dennoch ihren Zweck verfehlen, ist vielleicht milder zu beurtheilen, als ein Anderer, der, im gewissenlosen Leichtsinn handelnd, selbst an die nächstliegenden Gefahren nicht denkt, welche er herbeiführen kann. Man muß sich hüten, eine Schablone als Maßstab für die strafrechtliche Beurtheilung zu gebrauchen. — Nicht zu übersehen ist auch, daß man an denjenigen höhere Anforderungen stellen wird, welcher durch seine Berufs- oder Amtspflichten zu besonderer Aufmerksamkeit verbunden ist, als an andere Personen — ein Umstand, den auch die Strafgesetzbücher meistens hervorheben. —

§. 4. Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit. Haben wir die verbrecherische Absicht bezeichnet als die Richtung des Willens auf das Uebel, dessen Herbeiführung mit Strafe bedroht ist, so ergibt sich hieraus, daß der Dolus ganz oder zum Theil wegfallen kann in Folge einer irrigen Auffassung thatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse. Wer in Folge eines solchen Irrthums nicht einsieht, daß seine Handlung überhaupt zu einer Verletzung führt, hat auch keine verbrecherische Absicht; geht der Irrthum nicht so weit und bezieht er sich nicht auf den ganzen Causalzusammenhang zwischen Handlung und Verletzung, so schließt er auch den Dolus nicht ganz aus. Wer einen Menschen für ein Thier hält und in dieser Meinung auf ihn schießt, kann nicht wegen doloser Menschentödtung belangt werden, wer dagegen im Zustande voller Besonnenheit auf einen Menschen mit der Absicht zu tödten schießt, ohne zu wissen, daß derselbe sein Vater sei, kann zwar wegen (versuchten oder vollendeten) gemeinen, aber nicht wegen Vatermordes verurtheilt werden. Eine andere Frage aber ist es, ob der Irrthum, auch wenn er von der Beschaffenheit ist, daß er den Dolus gänzlich ausschließt, etwa doch zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sei oder nicht. Konnte der Irrthum bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit vermieden werden, so liegt eine Fahrlässigkeit vor. Man nennt einen solchen Irrthum einen vermeidlichen (error vincibilis), während man unter unvermeidlichem Irrthum (error invincibilis) denjenigen versteht, welcher bei Anwendung pflichtmäßiger Achtsamkeit nicht zu vermeiden war.

Der Irrthum ist dann ganz einflußlos auf die Strafwürdigkeit der That, wenn er blos eine Verwechselung des einen für die Verübung des Verbrechens tauglichen Objectes mit einem anderen ebenso tauglichen herbeiführt (error in objecto, namentlich error in persona). Wenn A den B absichtlich niederschießt, weil er diesen für den C hält, dem er auflauerte, so ist A wegen der Tödtung des B zu bestrafen, da sein Wille in der That auf die Tödtung der Person, welche er erschossen hat, gerichtet war. A erkennt den vor ihm stehenden B als einen lebenden Menschen, richtet auf ihn seine Thätigkeit, um ihn zu tödten, und vollbringt sie auch. Dies genügt zum Thatbestand der dolosen Tödtung. Anders dagegen verhält sich die Sache in dem Fall der s. g. Ablenkung der Handlung (aberratio actus). Wenn A zu einem tödtlichen Streich gegen B ausholend, nicht diesen, sondern den in der Nähe befindlichen C tödtlich trifft, so kann er blos wegen eines gegen B gerichteten Versuches und zugleich wegen fahrlässiger Tödtung des C schuldig erkannt werden. In jenem Verwechselungsfalle war die Tödtung der getroffenen Person eine gewollte, wenn auch gewollt aus einem irrigen Grund, was aber für den Thatbestand gleichgültig ist, in dem Fall der Ablenkung dagegen war die Tödtung des zum Opfer Gefallenen überhaupt gar nicht gewollt, daher ist sie nicht zur Absicht zurechenbar. Manche Schriftsteller leugnen freilich, daß ein innerer juristisch relevanter Unterschied zwischen den beiden Fällen bestehe und nehmen in beiden Vollendung der That an.

Wenn wir früher sagten, der den Dolus ausschließende Irrthum könne sich nicht blos auf thatsächliche, sondern auch auf rechtliche Verhältnisse beziehen, so sollte damit nicht eine Gleichstellung der Unkenntniß oder irrigen Auffassung des Strafgesetzes mit dem thatsächlichen Irrthum gemeint sein. Jene Unkenntniß oder mangelhafte Kenntniß des Strafgesetzes (ignorantia s. error juris criminalis) wird in der Regel sogar von den Gesetzen, wie von den Schriftstellern für ganz unerheblich erklärt. Es müsse, pflegt man zu sagen, angenommen werden, daß Jeder die gehörig kundgemachten Gesetze auch kenne; seine Unkenntniß beruhe also nur auf eigenem Verschulden und könne um so weniger als Entschuldigung dienen, da die Strafwürdigkeit verbrecheri-

scher Handlungen ohnehin jedem zurechnungsfähigen Menschen auch ohne Kenntniß der Staatsgesetze einleuchtend sein müsse. Diese fast allgemein herrschende Lehre ist nun freilich nicht stichhaltig. Zunächst ist es auffallend, daß man eine Fiction an die Stelle der Wahrheit setzt, wenn man die Kenntniß der Strafgesetze als eine allgemein verbreitete ansieht. Ebenso stimmt es wenig zu dem wirklichen Sachverhalt, wenn man meint, die Strafwürdigkeit aller in den Strafgesetzbüchern verpönten Verbrechen vermöge jeder Zurechnungsfähige einzusehen. Wäre das letztere wirklich der Fall, dann hätte die Berufung auf Gesetzesunkenntniß in der That keine Bedeutung. Zuzugeben ist also nur Folgendes: Mangelhafte Kenntniß der Strafgesetze entschuldigt nicht, wenn das begangene Verbrechen ein solches ist, dessen Strafwürdigkeit jeder Zurechnungsfähige auch ohne Kenntnißnahme von den Strafgesetzen einsehen muß. Das Bewußtsein der Unerlaubtheit, Schädlichkeit, Unsittlichkeit einer solchen Handlung bedarf ja hier zu seiner Weckung nicht erst der Strafgesetze. Wenn dagegen die Handlung ein bloßes delictum juris civilis ist, dessen Strafwürdigkeit man ohne Kenntniß des Strafgesetzes nicht ohne weiteres einzusehen vermag, da es an sich keine Andere verletzende Uebelthat ist, so kann auch bei nachgewiesener Unkenntniß des positiven Rechts keine Strafe eintreten, da von einer Schuld hier nicht die Rede ist. Und solche delicta juris civilis finden sich in unseren Strafgesetzbüchern namentlich unter den s. g. politischen Verbrechen. Beseitigt man sie sorgfältigst aus den Gesetzen, dann kann man allerdings den Satz ohne Bedenken aufstellen: daß die Berufung auf Unkenntniß der Gesetze nicht entschuldige.

Was hier über den Rechtsirrthum ausgeführt wurde gilt aber nur, wenn sich derselbe auf die Strafgesetze bezieht. Ein Irrthum über sonstige gesetzliche und gewohnheitsrechtliche, z. B. dem Staats- oder dem Privatrecht angehörige, Bestimmungen hingegen steht in strafrechtlicher Hinsicht ganz gleich mit dem Irrthum in Thatsachen. Wer aus irriger Auffassung der maßgebenden privatrechtlichen Sätze — ohne falsche Kenntniß der Thatsachen — eine Sache für die seinige hält, während sie eine fremde ist, kann nicht wegen Diebstahls bestraft werden, wenn er sie einem Anderen wider dessen Willen wegnimmt; wer zufolge einer irrigen Auffassung der einschlägigen Gesetze glaubt, ihm stehe (z. B. als Gutsherrn) das Befugniß zu, Andere gefangen zu halten, ist nicht wegen absichtlicher Freiheitsberaubung zu strafen, wenn er sein vermeintliches Recht wirklich ausübt.

Das Gegenstück zu dieser letzterwähnten Art des Irrthums ist der Fall des Wahnverbrechens im engern Sinne (delictum putativum), wenn nämlich Jemand in der irrigen Meinung, eine bestimmte Handlung sei durch das Gesetz verboten, dieselbe vornimmt, also z. B. unehelichen Beischlaf pflegt, obwohl er ihn für strafgesetzwidrig hält. Auch hier handelt es sich um einen Rechtsirrthum; die Handlung bleibt aber natürlich straflos. —

§. 5. Strafbarkeit von Unterlassungen. Wir haben das Verbrechen bezeichnet als eine Handlung. Allerdings ist nun die regelmäßige Bedingung für die Strafbarkeit die, daß Jemand körperlich thätig geworden ist und hierdurch ein Uebel herbeigeführt hat. Allein einerseits ist es nicht nöthig, daß das den Thatbestand des Verbrechens charakterisirende Uebel auch wirklich vollständig eintritt, und es ist vielmehr schon der bloße Versuch des Verbrechens strafbar, andererseits aber kann auch ein bloßes Unthätigsein, das bloße Unterlassen einer bestimmten Thätigkeit die Elemente der Strafwürdigkeit in sich tragen. Den letzteren Punkt müssen wir noch kurz beleuchten, ehe wir zu der Lehre vom Versuch übergehen.

Schon bei Betrachtung der culposen Verbrechen haben wir gefunden, daß auch eine bloße Unterlassung strafwürdig sein kann. Derjenige, welcher einen Menschen überfahren und getödtet hat, kann diesen Erfolg herbeigeführt haben dadurch, daß er die

Pferde unvorsichtigerweise zu schnellem Lauf antrieb, aber auch dadurch, daß er sie unvorsichtigerweise zurückzuhalten unterließ, obwohl er einsehen mußte, daß Gefahr für ein Menschenleben drohe. Es läßt sich aber selbst denken, daß ein doloses Verbrechen auf einer bloßen Unterlassung beruht. Zunächst ist dies der Fall, wenn ein Strafgesetz eine bestimmte Handlungsweise vorschreibt und die dolose Unterlassung der gebotenen Thätigkeit mit Strafe bedroht. Einem solchen „Präceptivgesetze" gegenüber kann man nur durch Unterlassung Verbrecher werden; die betreffenden Verbrechen sind also reine Unterlassungsdelicte (delicta omissionis). Gebietet z. B. ein Strafgesetz von begangenen Verbrechen die Anzeige zu machen, so übertritt man dasselbe eben durch Unterlassen der Anzeige und nur auf diese Weise. (Natürlich kann das Gesetz auch die culpose Unterlassung mit Strafe bedrohen, worüber nichts Besonderes zu bemerken ist.) Aber auch die s. g. „Prohibitivgesetze", welche die Regel bilden, können durch bloße Unterlassungen übertreten werden. Man kann den Erfolg, dessen Herbeiführung unter Strafe verboten ist, ausnahmsweise auch durch Unterlassungen herbeiführen (delictum per omissionem commissum). Doch muß immer sorgfältig darauf geachtet werden, daß die Vorbedingung für die Bestrafung auch in diesem Fall ein wirklicher Causalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Uebel ist, so daß jenes Unthätigbleiben mit in der Reihe der Ursachen der verbrecherischen Wirkung erscheint. Bloße Gedanken, ruchlose Wünsche und Gesinnungen ohne Wirkung in der Außenwelt stehen mit dieser in keinem Zusammenhang; ein Geschehniß in derselben kann also nicht dem bloßen Gedanken, der das Ereigniß herbeiwünschte, zugerechnet werden. Man kann auch den Causalzusammenhang nicht suppliren weder durch eine rechtliche Verpflichtung zur Abwendung eines Erfolges thätig zu werden, noch durch die specielle Verpflichtung, jene üblen Erfolge abzuwenden, welche aus der eigenen (an sich nicht dolosen) Thätigkeit hervorzugehen drohen. Wer z. B. zu nicht verbrecherischen Zwecken eine Grube gegraben hat, hat allerdings die sittliche Pflicht, den herannahenden Feind vor dem Sturz in dieselbe zu warnen, wenn er die Warnung aber unterläßt, so ist er nicht Mörder, auch wenn er den durch den erfolgenden Sturz herbeigeführten Tod wünschte. Ob er selbst oder ob ein Anderer die Grube gegraben hat, ist ganz gleichgültig, da die Handlung des Grabens vorausgesetztermaßen gar nicht zu dem Thatbestand des Verbrechens gehört. — Es läßt sich allerdings denken, daß ein Gesetz denjenigen, welcher trotz seiner speciellen Verpflichtung zu handeln, einen Erfolg nicht abwendet, ebenso strenge behandelt, wie wenn er ihn herbeigeführt hätte; ein solches Präceptivgesetz bestätigt aber durch sein Dasein nur die Regeln des Causalzusammenhanges, welche es durch eine Fiction ersetzt. —

§. 6. Versuch. Die Lehre vom Versuch (conatus delinquendi) ist der Sitz einer großen Anzahl von Controversen. Die Construction des Versuchsbegriffes zeigt auch, wegen der mangelhaften fragmentarischen Form der Handlungen, welche dabei in Frage stehen, ihre großen Schwierigkeiten, Schwierigkeiten, welche es mit sich brachten, daß man im ältesten deutschen Recht von einer selbstständigen Auffassung dieser Erscheinungsform des Verbrechens so gut wie nichts vorfindet.

Zwei Factoren mußten wir als nothwendige Elemente einer strafwürdigen Handlung betrachten: die Willensrichtung (welche auch eine culpose sein kann) und irgend eine äußere Handlung (mit Inbegriff der Unterlassungen in dem obigen Sinn). Die bloße Absicht allein, der bloße Entschluß kann also noch nicht gestraft werden; Gesinnungen mögen vielleicht durch Gesinnungen erwiedert werden, ihnen kann aber nicht die staatliche Strafe als passende Vergeltung entgegentreten. Indessen kann freilich auch dann schon ein Verbrechen vorliegen, wenn die verbrecherische Absicht nicht zu ihrer vollen, aber doch zu einer theilweisen Verwirklichung gekommen ist. Es liegt sogar in der Natur einiger unter den

s. g. Staatsverbrechen, daß bei ihnen die verbrecherische Absicht nicht zur vollständigen Verwirklichung kommt. Wer z. B. den Untergang des Staates selbst beabsichtigt, wird mit Recht bestraft werden, wenn auch seine Handlungsweise nicht jenen Untergang wirklich herbeigeführt hat; schon die theilweise Verwirklichung einer solchen Absicht ist ein ernstes Uebel für den Staat, die volle Verwirklichung aber würde diesen außer Stand setzen, überhaupt die Strafgewalt zu üben; sie zur Strafwürdigkeit vorauszusetzen, wäre also geradezu absurd. Ueberhaupt enthält aber auch schon die theilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht (abgesehen von der Bedrohung, welche für denjenigen in dem Versuch liegt, gegen den dieser gerichtet ist, auch dann also, wenn der Bedrohte von dem Versuch nichts erfährt) ein strafwürdiges Uebel für das Gemeinwesen in sich. Liegt einmal eine Uebelthat, nicht blos eine kundgegebene Gesinnung vor, dann kann auch die Versuchsstrafe eintreten. Dagegen wird man in der bloßen Drohung mit Begehung eines Verbrechens noch keinen Versuch dieses Verbrechens zu sehen haben. Allerdings kann aber eine solche Drohung, wenn sie Anderen Furcht einjagt, als selbstständiges Verbrechen behandelt werden oder auch als Versuch einer Nöthigung oder Erpressung, eines Raubes u. s. w. erscheinen, wenn sie als Mittel zur Verübung derartiger Verbrechen auftritt.

Der Versuch ist, wie aus dem Gesagten erhellt, eine theilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht im Gegensatz zu der vollständigen Verwirklichung, welche in dem vollendeten Verbrechen (delictum consummatum) liegt. Ist es einmal zu einer theilweisen Verwirklichung des Dolus gekommen, so kann auch a priori nicht weiter unterschieden werden zwischen bloßen straflos zu lassenden Vorbereitungshandlungen und den strafbaren Versuchshandlungen. Sobald die Verwirklichung der Absicht beginnt, beginnt auch die Strafbarkeit, welche nun allerdings mit dem Fortschreiten der Handlung zu einem immer höheren Grade anwächst. Nimmt Jemand einige zu einem verbrecherischen Zwecke dienliche Handlungen vor, ohne noch die Vollendung beschlossen zu haben, macht er es vielmehr von dem Gelingen jener Handlungen erst abhängig, ob er den Entschluß fassen wolle, zur Vollendung zu schreiten, so sind jene Handlungen freilich straflos, weil noch kein Dolus vorliegt; sobald aber dieser vorhanden ist und nun zu seiner Verwirklichung irgend eine Handlung unternommen wird, welche zu derselben auch beiträgt, so bildet diese Handlung bereits einen integrirenden Theil der Uebelthat, eine strafbare Versuchshandlung. Aus guten Gründen bedrohen die Strafgesetze jedoch in der Regel nur solche Handlungen mit der Versuchsstrafe, aus welchen sich bereits die Richtung auf ein bestimmtes Verbrechen mit Wahrscheinlichkeit erkennen läßt. Ohne einen solchen äußeren Anhaltspunkt kann der Beweis für das beabsichtigte Verbrechen nicht geliefert werden, da die vorliegende Handlung an sich eine vieldeutige ist. Wer z. B. ein Gewehr kauft, kann dies zwar zu einem verbrecherischen Zweck thun, aber auch in durchaus unverfänglicher Absicht. Blos ein (gewiß äußerst selten zu erwartendes) Geständniß könnte hier Aufschluß geben und selbst auf ein bloßes, durch die vorliegenden Thatsachen nicht unterstütztes Geständniß hin zu verurtheilen, wäre äußerst bedenklich. Strafprocesse, welche wegen derartiger Handlungen geführt würden, müßten also resultatlos in den Sand verlaufen, was das Vertrauen zur Strafrechtspflege tief erschüttern würde. Die Strafgesetze ignoriren also mit Recht solche Handlungen, in welchen sich der Thatbestand eines bestimmten Verbrechens noch nicht erkennbar darstellt, als s. g. straflose Vorbereitung. Ausnahmsweise erklären sie indeß, namentlich (im Geiste des Terrorismus) bei Staatsverbrechen, auch schon s. g. Vorbereitungshandlungen für strafbar. Manchmal wird, wo es sich um sehr geringfügige Delicte handelt, der Versuch ganz straflos gelassen, so z. B. nach preußischem Recht der Versuch der s. g. Uebertretungen und vieler „Vergehen". Oefter kommt es auch vor, daß die Gesetze eine Hand-

lung, welche begriffsmäßig ein bloßer Versuch ist, weil sie die Absicht nicht vollständig verwirklicht, als vollendetes Verbrechen bestrafen, so z. B. bei manchen Staatsverbrechen, wie schon oben bemerkt wurde, oder beim Raub, wenn manche Gesetzbücher erklären, dieser sei vollendet durch die in räuberischer Absicht geschehene Vergewaltigung einer Person, wenn auch nichts wirklich derselben weggenommen (geraubt) worden ist, u. s. w.

Aus unserer Auffassung des Versuches als einer theilweisen Verwirklichung, nicht blos einer Aeußerung der verbrecherischen Absicht, ergibt sich auch unsere Stellung zu der Streitfrage über die Strafbarkeit der s. g. untauglichen Versuchshandlungen. In einer Versuchshandlung, welche zur Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges nicht tauglich ist, finden wir nichts von einer Verwirklichung des Dolus. Die Absicht zu tödten kann man nur verwirklichen durch eine Einwirkung auf den zu Tödtenden, welche geeignet ist, dessen Tod herbeizuführen, nicht aber z. B. durch Verabreichen von unschädlichen Mitteln, durch Zauberformeln u. dgl. m. Es kann auch nicht den Ausschlag geben, ob derjenige, welcher einen Anderen durch ein untaugliches Mittel tödten will, dies thut, weil er aus Unwissenheit dieses vorsätzlich gewählt hat, in der Meinung, es habe tödtliche Eigenschaften oder ob er es nur irrthümlich durch Verwechselung, Zufall u. s. w. in die Hand bekam, während er ein wirklich taugliches Mittel ergreifen wollte. Es ist z. B. gleichgültig, ob Jemand deshalb mit der Absicht zu tödten einem Anderen Magnesia beibringt, weil er in dem Wahn lebt, Magnesia sei ein Gift, oder ob er es thut in dem Wahn, es sei Arsenik und nicht Magnesia, was er verabreiche. Die geistige Beschränktheit, welche im ersten Fall vorliegt, ist nicht der Grund der Straflosigkeit, ebenso wenig der Mangel des Dolus; Dolus ist vielmehr in beiden Fällen vorhanden, in beiden aber auch keine Verwirklichung desselben, also keine Strafbarkeit.

Während manche Schriftsteller Strafbarkeit aller untauglichen Versuchshandlungen oder doch die regelmäßige Strafbarkeit mit gewissen Einschränkungen vertheidigen, haben dagegen Andere einen Unterschied gemacht zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit. Bei blos relativer Untauglichkeit der Mittel, d. h. ihrer Unzulänglichkeit im gegebenen Fall, sei Strafbarkeit anzunehmen; hätte der Thäter nur dieselben Mittel in größerer Quantität angewandt, so wäre ihm die That ja gelungen. Seien dagegen die Mittel auch qualitativ (oder absolut) untauglich, dann bliebe der Versuch straflos. Allein auch in dem Fall quantitativer Untauglichkeit liegt keine Verwirklichung der Absicht vor, so wenig als es eine Verwirklichung der Absicht, in den Mond zu steigen, ist, wenn man in einem Luftballon eine Meile hoch über den Erdboden emporschwebt.

Im wesentlichen gilt dasselbe auch von dem s. g. Versuch an einem untauglichen Object. Das Schießen auf einen Leichnam z. B. ist gewiß keine irgendwie die Absicht einen lebenden Menschen zu tödten verwirklichende Handlung. —

Die Strafgesetze erklären denjenigen für straflos, welcher vor der Vollendung des Verbrechens noch freiwillig von dem verbrecherischen Unternehmen zurücktritt. Selbst wenn in einem solchen Fall das bereits Geschehene etwa schon für sich ein selbstständiges Verbrechen darstellt, wird zwar wegen eben dieses vollendeten, nicht aber wegen des versuchten Verbrechens bestraft. Wer also, nachdem er einen Anderen mit der Absicht zu tödten verwundet hat, die Tödtung freiwillig unterläßt, wird nicht wegen Mordversuchs, sondern nur wegen vollendeter Verwundung bestraft. Vergebens sieht man sich für diese Auffassung nach einer principiellen Begründung um, obwohl die sehr große Mehrzahl der Schriftsteller ebenfalls die Straflosigkeit des Versuchs wegen freiwilligen Rücktrittes behauptet und zu begründen sucht. Man kann nur (unzureichende) criminalpolitische Gründe für solche Straflosigkeit anführen, namentlich den Grund, daß der Thäter nicht selten noch im letzten verhängnißvollen Augenblick zum Rücktritt bewogen wird, wenn ihm

Straflosigkeit in Aussicht steht. Aber freilich: der Verbrecher wird auch leichter zur Ausführung seines Vorhabens schreiten, wenn er weiß, daß ihm der Rücktritt vor der Vollendung noch immer freistehe! Und betrachtet man die Sache principiell, so kann man im Rücktritt höchstens einen Strafmilderungsgrund finden, insofern sich aus ihm eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens ergibt, keineswegs aber einen Strafausschließungsgrund, da das schon Geschehene durch bloße Willensänderung nicht ungeschehen gemacht, das Strafbare durch das bloße Nichtweiterhandeln nicht wieder straflos werden kann (woraus sich auch ergibt, daß derjenige strafbar ist, welcher einen Versuch mit tauglichen Mitteln begann, ihn aber später mit untauglichen Mitteln weiter fortgesetzt hat).

Mit Rücksicht auf die Straflosigkeit bei vor der Vollendung erfolgendem Rücktritt theilt man den Versuch gewöhnlich ein in den nicht beendigten und in den beendigten (conatus perfectus, delictum perfectum, délit manqué) und behauptet bei einem s. g. beendigten Versuch lasse sich gar kein Rücktritt denken, er könne also nicht mehr straflos werden. Dies ist aber nur richtig, wenn man den beendigten Versuch als denjenigen definirt, bei welchem der Thäter alles gethan hat, was zur Vollendung des Verbrechens von seiner Seite nothwendig war (nicht blos, was er dazu für nothwendig hielt), ohne daß der beabsichtigte Erfolg eintrat; oder auch als denjenigen, da der Handelnde fruchtlos die unmittelbar auf den Erfolg gerichtete Handlung vollzogen hat. Unter dieser Voraussetzung läßt sich in der That kein eigentlicher Rücktritt denken. Es wäre aber noch fraglich, ob man nicht dem erfolgreichen Entgegenwirken gegen die schädlichen Folgen des beendigten Versuchs ebenfalls Straflosigkeit zur Belohnung in Aussicht stellen sollte, wenn man diese beim Rücktritt gewährt. Es handelt sich ja doch zuletzt nur um freiwillige Verhinderung der Vollendung. Diese liegt aber auch vor, wenn Jemand einem Anderen mit der Absicht ihn zu tödten Gift gereicht hat (was einen beendigten Versuch constituirt) und nun, von Reue ergriffen, durch Gegengifte jede schädliche Wirkung seiner Handlung beseitigt.

Keinen Werth hat dagegen die Eintheilung in nahen und entfernten Versuch, welche nur auf willkürlicher Grundlage durchgeführt werden kann. — Man unterscheidet ferner auch gewöhnlich den qualificirten Versuch vom einfachen. Der erstere liegt dann vor, wenn der Versuch eines Verbrechens zugleich den selbstständigen Thatbestand eines anderen (in dem Thatbestand jenes ersten nicht enthaltenen) vollendeten Verbrechens in sich faßt. Wenn z. B. ein Haus in Brand gesteckt wird, um einen in demselben befindlichen Menschen zu tödten, so liegt nebst dem versuchten Mord auch vollendete Brandstiftung vor.

Was die Strafe des Versuchs anbetrifft, so bildet sie, so wie der Versuch blos Fragment des Verbrechens ist, auch nur einen Bruchtheil der Strafe des vollendeten Verbrechens; d. h. wenn es beim bloßen Versuch geblieben ist, so muß jedesmal eine geringere Strafe verhängt werden, als diejenige ist, auf welche man erkannt hätte, wenn das Verbrechen in dem vorliegenden Fall vollendet worden wäre. Dagegen ist es wohl denkbar, daß die Strafe eines Versuchs höher ausfällt, als die Strafe, welche bei Vollendung eines gleichartigen Verbrechens in einem anderen sehr milden Fall eintritt. Die theilweise Verwirklichung der Absicht in jenem Fall kann ein schwereres Uebel in sich enthalten als die vollständige Verwirklichung in diesem. Niemals aber kann man sagen: obwohl es nur beim Versuch geblieben sei, liege doch ein ebenso schweres Uebel vor, wie wenn zu dem Geschehenen auch noch die Vollendung hinzugetreten wäre; das Plus des Uebels, welches in dieser liegt, verlangt nothwendigerweise Berücksichtigung. Darum ist die im französischen Recht, und in etwas abgeschwächter Weise im österreichischen, preußischen und bairischen Recht vorkommende Gleichstellung des Versuchs mit

der Vollendung nicht zu billigen. Im Sinn der obigen Ausführung liegt es, für den Versuch gegenüber der Vollendung einen selbstständigen niederen Strafsatz aufzustellen, dessen oberste Grenze aber über das Minimum des für Vollendung gegebenen Strafsatzes hinausragt. Daß sich eine gesetzliche Unterscheidung zwischen verschiedenen Graden des Versuchs und die Erklärung des Rücktrittes als Strafausschließungsgrund nicht rechtfertigen lasse, wurde schon früher bemerkt. —

§. 7. Theilnahme (und Begünstigung). Wir haben bisher den subjectiven und objectiven Thatbestand des Verbrechens unter der Voraussetzung betrachtet, daß der das Verbrechen Begehende eine einzige Person ist. Eigenthümliche Schwierigkeiten, die eine besondere Würdigung fordern, tauchen aber in dem Fall auf, wenn mehrere Personen zur Ausführung eines Verbrechens absichtlich zusammenwirken, ein Verhältniß, welches man mit dem Namen der Theilnahme (concursus plurium ad idem delictum) oder auch der Mitschuld bezeichnet. Versteht man also unter Theilnahme die absichtliche Mitwirkung Mehrerer zum Zustandekommen eines Verbrechens, so ist von diesem Begriff ausgeschlossen:

1) Jede Mitwirkung zu einem Verbrechen, welche nicht absichtlich stattfindet. Wer durch seine Fahrlässigkeit Anderen Gelegenheit zu einem Diebstahl gibt, wer einen Anderen zu wissenschaftlichen Zwecken in die Kenntniß der Gifte einweiht, welche dieser bei einem Verbrechen verwerthet — der hat zwar mitgewirkt zum Zustandekommen des Verbrechens, ist aber wegen der mangelnden Absicht nicht Theilnehmer.

2) Nach der herrschenden Anschauung jede Mitwirkung zu einem Verbrechen, welche zwar absichtlich geschieht, aber von dem Begriff des Verbrechens zu dem Zustandekommen desselben gefordert ist — der s. g. concursus necessarius (plurium ad idem delictum). So liegt es im Begriff des Aufstandes, daß eine größere Anzahl von Menschen zu dem Verbrechen mitwirken. Da diese Art von Mitwirkung nur bei einzelnen Verbrechensarten vorkommt, so gehört zwar ihre nähere Betrachtung nicht hierher, sondern bildet einen Gegenstand des besonderen Theiles, indessen gelten allerdings für die Schuld der Theilnehmer dieselben Regeln bei dem „concursus necessarius“ wie bei dem „concursus facultativus“.

3) Die s. g. Begünstigung, welche erst nach vollendeter That zu dem Verbrechen hinzutritt, und dem Verbrecher die aus dem Verbrechen gezogenen Vortheile sichern oder ihn der Strafe entziehen soll, ist keine Mitwirkung zur Entstehung des Verbrechens, also keine Theilnahme, sondern ein selbstständiges Verbrechen. Sie ist eine absichtliche Mitwirkung zur Fortdauer der durch das Verbrechen entstandenen Uebel, indem sie die Tilgung des Verbrechens ganz oder theilweise zu verhindern sucht, und ihre Strafbarkeit wird sich daher allerdings nach dem Charakter und der Schwere des „Hauptverbrechens“ (in Beziehung auf welches sie stattfindet) richten. Als Begünstigung wird in den Strafgesetzbüchern namentlich behandelt die Hehlerei in Bezug auf die Eigenthumsverbrechen (namentlich auf Diebstahl und Raub), die Verbergung des Verbrechers vor der Obrigkeit, und die Befreiung desselben aus der Haft.

Die zwei Hauptarten der Theilnahme sind die Urheberschaft und die Beihülfe. Da man aber ferner zu einem Verbrechen sowohl durch intellectuelle Einwirkung auf Andere, als auch durch eigene physische Thätigkeit mitwirken kann, so zerfällt sowohl die Urheberschaft als die Beihülfe wieder in eine intellectuelle und in eine physische.

I. Intellectueller Urheber, moralischer Urheber, Anstifter ist derjenige, welcher einen Anderen absichtlich zu einer verbrecherischen Thätigkeit bestimmt, also den Entschluß zu derselben in diesem hervorruft. Die verbrecherische Thätigkeit, zu

welcher angestiftet wird, kann physische Urheberschaft oder Thäterschaft sein, aber auch Beihülfe. Es gibt also eine Anstiftung zur Beihülfe und endlich auch eine Anstiftung zur Anstiftung, oder „mittelbare Anstiftung". Immer aber beginnt die Strafbarkeit des Anstifters erst, wenn der Thäter schon bis zu einem strafbaren Versuch vorgeschritten ist und die Strafbarkeit des Anstifters wächst mit der des Thäters, wenn dieser zur Vollendung weiter geht. Die Anstiftung wird bestraft als eine Mitwirkung zum Verbrechen, von einem solchen ist aber erst die Rede, wenn es zum mindesten versucht ist. An sich betrachtet als bloße Einwirkung auf den Willen eines Anderen ist die Anstiftung noch nicht strafbar. Kommt es nicht bis zum Versuch des Verbrechens durch den Thäter, so liegt noch keine strafbare Uebelthat vor, und erst wenn eine solche begangen ist, kann man die an ihr Betheiligten dafür zur Verantwortung ziehen. Manche Schriftsteller und Gesetze nehmen allerdings an, daß schon die s. g. versuchte (oder mißlungene) Anstiftung strafbar sei, verkennen aber dabei, daß eine bloße Aeußerung des Dolus noch keine Verwirklichung ist.

Die Strafbarkeit des Anstifters ist im allgemeinen ebenso groß, wie die des Thäters. Manchmal zeigt freilich sein Verhalten größere Intensität des verbrecherischen Willens als das des Thäters, allein nicht selten tritt auch das umgekehrte Verhältniß ein. Besondere Strafzumessungs-Aenderungs- oder Ausschließungsgründe, welche nur in der Person des Einen oder des Anderen zutreffen, müssen natürlich auch ihre selbstständige Würdigung finden.

Die Mittel, welche zur Anstiftung benutzt werden, sind gleichgültig. Der Streit über dieselben ist daher ein ziemlich müssiger. Befehl, Auftrag, Rath, Bitte, Drohung, Geschenke und Versprechungen sind die gewöhnlichsten Formen der Anstiftung. Ueberall muß aber mit der Absicht, den Willen des Anderen zum Verbrechen zu bestimmen und mit diesem Erfolg gehandelt werden. Die Drohung ist nur dann ein Mittel der Anstiftung, wenn sie nicht psychische Unfreiheit in dem Bedrohten bewirkt; handelt dieser ohne Freiheit, so ist er keines Verbrechens schuldig und der alleinige Urheber des Verbrechens ist der Drohende. Ueberhaupt gilt der Satz ganz allgemein: kein Anstifter ohne einen angestifteten dolosen Verbrecher. Wenn also dem scheinbar in Folge einer „Anstiftung" zu einem verbrecherischen Erfolg Mitwirkenden seine Thätigkeit überhaupt nicht oder wenigstens wegen eines bei ihm obwaltenden Irrthums nicht zum Dolus, sondern blos zur Culpa zugerechnet werden kann, so ist der scheinbar Anstiftende, wenn er zu einer urheberischen Thätigkeit (z. B. zum Losschießen eines Gewehrs auf einen Menschen) bestimmte, alleiniger Urheber des Verbrechens; wenn er zu einer blos unterstützenden Thätigkeit (z. B. zur Verfertigung von Nachschlüsseln für einen Dieb) bestimmte, Gehülfe, Beihelfer zum Verbrechen.

Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn der Angestiftete den ihm vom Anstifter gewordenen Auftrag überschreitet. Man muß sich bei der Beurtheilung solcher Fälle hüten, die civilrechtlichen Grundsätze über die Haftung des Mandanten auf das strafrechtliche Gebiet zu verpflanzen. Der Anstifter haftet nur für jene Thätigkeit, welche innerhalb der Grenzen des von ihm Beabsichtigten liegt, allerdings also auch dann, wenn das Verbrechen des Angestifteten nur zum Theil den Thatbestand des Verbrechens, wozu angestiftet wurde, erfüllt, z. B. wenn der zum Raub Angestiftete nur einen Diebstahl (nicht aber, wenn er einen Betrug) beging.

Die Frage nach dem Rücktritt von der Anstiftung mit der Wirkung des Straflos-werdens bedarf einer vorsichtigen Würdigung. Nicht selten meint man, es genüge hierzu schon die Zurücknahme des Auftrags vor der Ausführung der That. Allein wenn der früher von dem Anstifter ausgeübte geistige Einfluß trotz jener Zurücknahme noch fort-

wirkt und den Angestifteten zu der That mit bestimmt, so kann von Straflosigkeit nicht die Rede sein, vielmehr nur dann, wenn es dem Anstifter gelingt, selbst den Versuch des Verbrechens zu verhindern. Sieht man freilich in dem Rücktritt von dem Versuch einen Straflosigkeitsgrund, so wird man auch den Anstifter für straflos erklären müssen, wenn dieser bewirkt, daß das Verbrechen nicht vollendet wird und es bei dem bloßen Versuch desselben bleibt. —

Es läßt sich sehr wohl auch eine Anstiftung zu einem Verbrechen denken, welches der Anstifter selbst als Thäter nicht begehen könnte. Es kann also ein Nichtbeamter einen Beamten zu einem Amtsverbrechen, eine Frau einen Mann zur Nothzucht u. s. w. allerdings anstiften.

Wenn Mehrere absichtlich durch gemeinschaftliche Thätigkeit einen Anderen zu einem Verbrechen bestimmen, so sind sie intellectuelle Miturheber (Miturheber im engeren Sinne).

II. Physischer Urheber, Thäter ist derjenige, welcher ein Verbrechen selbst begeht (oder ausführt). In der Lehre von der Theilnahme hat man dabei zunächst nur an einen dolosen Thäter zu denken, obwohl der Begriff der Thäterschaft an sich auch auf den culposen Verbrecher anwendbar ist. Nur der dolose Thäter erscheint, wie wir schon oben bemerkt haben, als ein angestifteter.

Zur Begehung eines Verbrechens können auch mehrere Thäter mitwirken. Soll aber nur Ein Verbrechen durch ihre vereinigte Thätigkeit zu Stande kommen, so müssen sie auch wirklich in bewußter Gemeinschaft handeln. Es kommt vor, daß ein eingetretener Erfolg das gemeinschaftliche Resultat der Thätigkeit mehrerer Personen ist, welche in derselben verbrecherischen Absicht thätig waren, ohne daß sie aber von einander, vor oder bei der Handlung, wußten, z. B. es schießen auf denselben Menschen, mit der Absicht, ihn zu tödten, gleichzeitig zwei Personen, ohne daß eine von der anderen weiß. Hier wird man die That eines Jeden ganz selbstständig zu beurtheilen haben, weil keinem zugerechnet werden kann, was ohne sein Wissen der Andere gethan hat. Schießen daher beide fehl, oder sind die von ihnen beigebrachten Wunden nur durch ihr Zusammenwirken tödtlich, so sind beide nur wegen Versuchs zu bestrafen, ebenso wenn nicht constatirt werden kann, welcher von beiden die tödtliche Wunde beigebracht hat. Kennt man den Urheber der Wunde, welche den Tod herbeiführte, so ist er wegen vollendeten Mordes zu bestrafen Es ist also Jeder ebenso selbstständig zu beurtheilen, wie in dem Fall, wenn das Zusammentreffen zweier fahrlässiger Handlungen in demselben Object einen Erfolg herbeigeführt hat.

Anders verhält es sich dagegen, wenn zwei oder mehrere Personen gemeinschaftlich mit dem Bewußtsein dieser Gemeinschaftlichkeit ein Verbrechen begehen; sie sind dann Mitthäter und es ist Jedem von ihnen der eingetretene Erfolg ganz zuzurechnen. Wenn also zwei Personen in solcher Gemeinschaft einen Menschen verwundet haben und dessen Tod die Folge war, so sind beide des vollendeten Mordes schuldig. Die Voraussetzung bleibt aber dabei, daß wirklich Jeder von ihnen wie ein Thäter, nicht blos wie ein Gehülfe gehandelt hat. Jeder muß also eine Begehungshandlung ausgeführt, nicht blos dem Anderen sich unterstützend untergeordnet haben.

Man unterscheidet die s. g. zufällige Mitthäterschaft von der auf einer Verabredung beruhenden. Die erstere ist dann vorhanden, wenn ohne vorherige Verabredung erst im Augenblick der That das Bewußtsein des gemeinsamen Handelns eintritt. Für den Fall einer vorherigen Verabredung wird zugleich die Frage nach einer etwaigen Anstiftung des Einen durch den Anderen entstehen. Abgesehen davon wird man aber die Mitthäterschaft auch hier ebenso wie in dem anderen Fall zu beurtheilen haben. Näheres unten, wo vom Complott die Rede ist.

III. Gehülfe ist derjenige, welcher einen Anderen, bei Begehung eines Verbrechens wissentlich unterstützt. Seine Handlungsweise darf keine solche sein, welche ihn zum Thäter macht. Wer, sei es auch nur im fremden Interesse, aus Freundschaft u. s. w., die den Thatbestand des Verbrechens darstellende Haupthandlung ganz oder zum Theil begeht, ist Thäter. Es kommt also hierbei nicht blos auf ein subjectives, sondern in erster Linie auf ein objectives Unterscheidungsmerkmal an. Nicht selten allerdings wird eine entgegengesetzte Behauptung verfochten. Nicht das soll mithin entscheiden, ob die Thätigkeit des Verbrechers eine unselbstständige und untergeordnete war, sondern die Verschiedenartigkeit des Motivs. Wer zu dem Verbrechen nur im fremden Interesse mitwirke, es nur „als ein fremdes wolle", behauptet man, sei ein Gehülfe, wer das Verbrechen als sein eigenes wolle, in seinem eigenen Interesse handle, sei ein Thäter. Nun kann aber derjenige überhaupt nicht ein Verbrechen blos als fremdes wollen, welcher es durch seine Mitwirkung zu seinem eigenen macht; blos sein eigener Dolus macht ihn zum Verbrecher. Welche Motive ihn bei seiner Thätigkeit leiten, ist für den Thatbestand, wie gewöhnlich so auch in diesem Fall gleichgültig. Wer das lebhafteste Interesse an dem Zustandekommen des Verbrechens hat, dieses aber nur durch eine beihelfende Handlung bethätigt, kann wegen jenes Interesses allein, welches eine bloße innere Gesinnung ist, nicht zum Thäter werden, und wer das Verbrechen selbst vollführt, selbst den tödtlichen Streich führt, kann nicht behaupten, daß er blos einem Anderen (vielleicht ganz unthätig Gebliebenen) geholfen habe, wenn er auch nur in dessen Interesse gehandelt hat. Man darf die Absicht nicht mit dem Motiv oder Zweck verwechseln. Wer in Wirklichkeit blos hilft, dessen angeblicher urheberischer Dolus hat sich nicht verwirklicht, kann ihn also nicht zum Urheber machen. Der unbefangenen Anschauung wird man es niemals einleuchtend machen, daß z. B. derjenige, welcher einem Dieb Nachschlüssel verschafft hat, dann nicht mehr Gehülfe, sondern Urheber sei, wenn er ein eigenes Interesse an der Vollführung des Diebstahls hatte. —

Die Beihülfe wird eingetheilt in die s. g. physische und die intellectuelle. Letztere besteht in einer wissentlichen Unterstützung durch geistige Einwirkung. Sie geschieht also durch Bestärkung des verbrecherischen Entschlusses, durch Ertheilung von Rath oder Unterricht, durch Anpreisen der That, Versprechen einer Begünstigung nach der That u. dgl. Sie ist zuweilen sehr schwer von der Anstiftung zu unterscheiden; festzuhalten ist dabei stets, daß letztere bestehen muß in einer Thätigkeit, welche den verbrecherischen Entschluß hervorruft und in dieser Absicht unternommen ist. In der Regel wirkt übrigens die physische Beihülfe auch intellectuell den Entschluß des Verbrechers durch das Bewußtsein der Beihülfe verstärkend, außer wenn der Verbrecher nicht weiß, daß ihm Beihülfe geleistet wird, (denn es ist allerdings nicht nothwendig, daß dieser um die geleistete Hülfe wisse, wenn sie ihm nur in einer das Verbrechen wirklich fördernden Weise zu Theil wird).

Die Beihülfe wird ebenso wie die Anstiftung erst strafbar, wenn der Thäter mindestens einen Versuch des Verbrechens begangen hat. Nur die Beziehung auf das von diesem beabsichtigte Verbrechen drückt ihr den Charakter des Verbrechens auf, und als Mitwirkung zu einem nicht zu Stande gekommenen Verbrechen kann sie nicht bestraft werden. Es gibt also keinen Versuch der Beihülfe, wohl aber Beihülfe zu einem versuchten Verbrechen. Ebenso wie die Strafbarkeit der Anstiftung wächst auch die der Beihülfe mit der zur Vollendung fortschreitenden Thätigkeit des physischen Urhebers.

Bezugs der Höhe der Strafe steht aber der Gehülfe dem Thäter nicht gleich. Seiner untergeordneten Mitwirkung zum Verbrechen muß eine mildere Bestrafung entsprechen. Die Gesetze werden das Richtige treffen, wenn sie für die Beihülfe (ähnlich wie für den

Versuch) einen niedrigeren Strafsatz als für die Urheberschaft aufstellen, dessen Maximum aber über das Minimum der für die Urheber bestimmten Strafe übergreifen muß, da allerdings ein Gehülfe in einem besonders schweren Fall strafwürdiger sein kann, als der Thäter in einem anderen leichteren. Nach dem Gesagten ist es nicht zu billigen, wenn nach dem Vorbilde des französischen Rechts das preußische und das bairische Strafgesetzbuch die Gehülfen dem Thäter im allgemeinen gleichstellen, ein Satz, dessen Consequenzen zu ziehen, sie sich freilich gescheut haben. Auch das österreichische Recht kommt zu ähnlichen Halbheiten und Inconsequenzen.

Nach dem früher Angedeuteten gilt von der Beihülfe der Satz: keine Beihülfe ohne dolosen Thäter. Ist also dem scheinbaren Thäter die That gar nicht oder doch nicht zum Dolus zuzurechnen, so ist der ihn dolos Unterstützende nicht Gehülfe, sondern der alleinige Urheber des Verbrechens. Seine Thätigkeit ist keine untergeordnete, sondern eine selbstständig den Causalzusammenhang beherrschende. Wir können also die Beihülfe füglich als ein Accessorium der Urheberschaft bezeichnen, was aber nicht daran hindert, bei der Strafzumessung die besonderen persönlichen Verhältnisse des Gehülfen zu würdigen. Ebenso wenig wird durch jene accessorische Natur der Beihülfe eine Nichtbeachtung des Erfordernisses der Absichtlichkeit für die Beihülfe entschuldigt. Der Gehülfe wird also nur soweit Theilnehmer des Thäters, als er wirklich werden wollte. Begeht der Thäter ein anderes Verbrechen, als dasjenige, zu welchem der Gehülfe Unterstützung leisten wollte, so haftet dieser für das begangene Verbrechen nur in so weit, als dessen Thatbestand übereinstimmt mit dem Thatbestand jenes Verbrechens, zu welchem er beihelfen wollte. Begeht also der Thäter einen Diebstahl statt des Raubes, so haftet der Gehülfe als Mitschuldiger, nicht aber im umgekehrten Fall, in welchem er vielmehr nur als Beihelfer zum Diebstahl verurtheilt werden kann.

Der Rücktritt von der Beihülfe muß ganz analog wie der Rücktritt des Anstifters beurtheilt werden. Gelingt es dem Gehülfen nicht, den Thäter vom verbrecherischen Versuch abzuhalten, so hilft der bloße Widerruf nichts, sobald die That wirklich unter Benutzung der beihelfenden Thätigkeit verübt wird. Benutzt aber z. B. der Dieb die erhaltenen Nachschlüssel nicht, da er sie nicht tauglich findet, so haftet der Gehülfe nicht für seinen „untauglichen Versuch der Beihülfe". Nach der Analogie der gewöhnlich angenommenen Straflosigkeit des vor der Vollendung zurücktretenden Thäters wird man natürlich auch dann dem Gehülfen Straflosigkeit zugestehen müssen, wenn er die Vollendung des Verbrechens durch den Thäter verhindert.

Endlich sei noch erwähnt, daß häufig aber ohne stichhaltigen Grund zwischen wesentlicher Beihülfe (der Thätigkeit des „Hauptgehülfen") und unwesentlicher unterschieden wird. Mehr Bedeutung hat es, wenn man denjenigen Gehülfen oder Anstifter, bei welchem dasselbe die Strafbarkeit beeinflußende persönliche Verhältniß zu dem Object des Verbrechens obwaltet, wie bei dem Thäter, „speciellen Theilnehmer" nennt. So ist also z. B. der Beamte, welcher einem anderen bei einem Amtsverbrechen hilft, specieller Theilnehmer. —

Daß es auch eine Beihülfe zur Beihülfe gibt, ist leicht einzusehen; seltener wird sich Beihülfe zur Anstiftung nachweisen lassen, obwohl auch hier namentlich der Begriff der intellectuellen Beihülfe nicht sehr schwierig zu construiren ist.

Mit der näheren Bestimmung der Begriffe Anstiftung, Thäterschaft und Beihülfe haben wir nun eigentlich den ganzen Umkreis der Arten der Theilnahme beschrieben. Gleichwohl müssen wir noch die Begriffe von Complott und Bande in's Auge fassen, da ihnen die Wissenschaft und die Gesetzgebung öfter eine eigenthümliche Behandlung zu Theil werden läßt.

Unter einem Complott (societas delinquendi) versteht man gewöhnlich die absichtliche Verbindung (Verabredung) mehrerer Personen, deren jede die Absicht hat, „das Verbrechen als ihr eigenes zu verwirklichen", zur gemeinschaftlichen Ausführung eines Verbrechens. Diese Definition beruht, wie leicht ersichtlich, auf jener subjectiven Theorie, welche den Unterschied zwischen Urhebern und Gehülfen in der verschiedenartigen Absicht (eigentlich dem Motiv, siehe oben) findet. In Folge dieser Auffassung wird nun behauptet, daß alle Complottanten für das begangene Verbrechen, soweit bei diesem nicht über die Verabredung hinausgegriffen wird, als Urheber haften, ohne Rücksicht darauf, ob der eine oder andere bei der Ausführung nur in untergeordneter beihelfender Weise thätig wird oder gar dem Plane gemäß unthätig bleibt. Daß bei einer solchen Behandlung Fictionen an die Stelle der Wahrheit treten, ist einleuchtend. Das Richtige ist, die Complottanten nach den allgemeinen Regeln über die Theilnahme zu behandeln, also bezüglich jedes einzelnen sich die Frage vorzulegen, ob er zu dem Verbrechen durch Anstiftung, Beihülfe oder Thäterschaft oder zugleich in dieser und jener Weise mitgewirkt habe und seine Strafbarkeit hiernach zu bemessen. Das Complott ist also keine selbstständige Schuldform und die neuesten Gesetze, wie das bairische und preußische (anders das sächsische) haben mit Recht, ebenso wie das österreichische, keine besondere Vorschrift über dasselbe gegeben. An sich ist das Complott, wenn zu der Verabredung kein Versuch der Ausführung hinzutritt, nach allgemeinen Grundsätzen gar nicht strafbar. Hochverrätherische Complotte werden aber von den Strafgesetzbüchern, welche bei Behandlung der Staatsverbrechen leider auf dem polizeilichen Standpunkt stehen, gewöhnlich mit hoher Strafe bedroht.

Vom Complott wohl zu unterscheiden ist der criminalistische Begriff der Bande, unter welcher man versteht eine Vereinigung mehrerer Personen zur wiederholten Begehung von im Einzelnen (individuell) noch nicht bestimmten Verbrechen gleicher oder verschiedener Art.. Der Umstand, daß ein Verbrechen von solchen Personen verübt wurde, welche Mitglieder einer Bande sind, mag vielleicht bei der Strafzumessung als Beweis größerer Intensität des verbrecherischen Willens berücksichtigt werden, dagegen können über die Vereinigung zur Bande nicht Regeln gelten, welche von den allgemeinen über die Theilnahme abweichen. Hiernach ist also die bloße Bandenbildung straflos. Die Mitglieder der Bande werden blos unter der Voraussetzung für ein von anderen Mitgliedern innerhalb des „Programms" der Bande begangenes Verbrechen als Theilnehmer haften, wenn ihnen Anstiftung oder Beihülfe zur Last fällt. Auch für den Häuptling der Bande gilt dasselbe. —

B. Von den Strafmitteln.

Vorbemerkungen. Die Strafmittel sind nur dann zu dem Zweck einer guten Strafrechtspflege verwendbar, wenn sich vor allem die thunlichste Verwirklichung des Princips der Vergeltung und dann in zweiter Linie möglichste Förderung der Strafzwecke von ihnen erwarten läßt. Die Strafmittel sollen demnach so beschaffen sein:

1) Daß durch ihre Anwendung gerechte Vergeltung geübt werden kann. Zu dem Ende müssen sie a) wirkliche Uebel sein, da es sich um die Ausgleichung von Uebelthaten handelt. Sodann müssen sie b) möglichst große Dehnbarkeit und Theilungsfähigkeit besitzen, damit sie den ungemein verschiedenartigen Abstufungen der Schuld so genau als möglich angepaßt werden können. Jedes starre unbiegsame Strafmittel, welches keine Individualisirung zuläßt, ist darum verwerflich. c) Im Hinblick auf die

für Menschen niemals ganz zu beseitigende Möglichkeit eines Irrthums sollen nur solch Strafen zur Anwendung kommen, bei welchen die Wiedergutmachung eines unverschulde zugefügten Uebels nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

2) Im Hinblick auf die Strafzwecke müssen thunlichst solche Strafmittel gewählt werden, welche durch ihren Ernst abschreckend zu wirken geeignet sind, während durch die Art ihres Vollzugs so viel als möglich die Besserung des Verbrechers angestrebt werden muß. —

Viele Strafmittel, welche früher häufig angewandt wurden, sind heutzutage in den Ländern europäischer Bildung ganz außer Gebrauch, weil ihre Unvereinbarkeit mit den Zwecken der Strafrechtspflege und mit den sittlichen Anschauungen einer vorgeschrittenen Zeit gar zu auffallend ist. Namentlich hat man alle verstümmelnden Strafen, alle Verschärfungen der Todesstrafe und alle jene Strafen, welche wesentlich in einer schimpflichen Behandlung des Verbrechers (Eselritt, Pflugtragen, Lästerstein, Pranger u. dgl.) bestehen — Strafen, in deren Feststellung das Mittelalter einen wahren Galgenhumor entfaltete — beseitigt. Der Discussion unterliegen also heutzutage nur: I. die Todesstrafe, II. die Freiheitsstrafen, III. die Vermögensstrafen, IV. die Ehrenstrafen und allenfalls V. die Prügelstrafe.

§. 1. Die Todesstrafe. Der Streit über die Beibehaltung oder Abschaffung der Todesstrafe wurde besonders seit Beccaria's berühmtem Werk über Verbrechen und Strafen sehr lebhaft geführt. In früheren Zeiten ließ man die Todesstrafe bei allen einigermaßen bedeutenden Verbrechen eintreten und vollstreckte sie in sehr verschiedener Weise, nicht selten durch barbarische Martern geschärft. Neben der Strafe des Stranges und Schwertes kam das Rädern, Viertheilen, Verbrennen, Pfählen, Lebendigbegraben, Ertränken u. s. w. vor. Heutzutage hat man die Todesstrafe auf wenige Verbrechen beschränkt, namentlich auf absichtliche Tödtung eines Menschen (zuweilen auch ausgedehnt auf fahrlässige Tödtung im Zusammentreffen mit einem anderen schweren Verbrechen) und auf die schwersten Fälle des Hochverraths. Die Vollstreckung erfolgt gewöhnlich durch das Schwert oder das Fallbeil, hier und da (z. B. in Oesterreich) durch den Strang. In der Theorie aber hat sich der Streit noch mehr eingeengt, da die Vertheidiger der Todesstrafe dieselbe nur noch für nothwendig halten als Strafe des Mordes, d. h. der mit Ueberlegung verübten absichtlichen Tödtung eines Menschen. In einigen Staaten hat man die Todesstrafe ganz beseitigt, so namentlich, was Deutschland betrifft, in Oldenburg, Anhalt und neuestens im Königreich Sachsen. (Auch in Nassau bestand sie nicht, ist aber durch die Publicirung des preußischen Strafgesetzbuches jetzt wieder eingeführt.) Man kann nur wünschen, daß das Beispiel dieser Staaten Nachahmung finden möge, denn die Todesstrafe erfüllt die Forderungen nicht, welche wir an ein Strafmittel stellen müssen. Sie ist eine s. g. absolute Strafe, welche keine Theilung, keine Mehrung und Minderung zuläßt (da von Schärfungen natürlich ganz abgesehen werden muß). Diese Starrheit aber macht sie unfähig, gerechte Vergeltung zu sein, da es keine Verbrechensart gibt, welche in allen einzelnen Fällen ebenfalls eine sich selbst gleich bleibende Größe der Verschuldung und des Uebels zeigte. Auch der Mord ist kein solches Verbrechen; keine Mordthat ist der anderen in allen auf die Strafwürdigkeit einflußreichen Umständen vollständig gleich. Welche Verschiedenheit besteht zwischen dem Mord aus Habsucht und dem aus Fanatismus oder Rachsucht! Wie verschieden ist der gebildete und rohe, der jugendliche und der bejahrte Mörder zu beurtheilen! Und wo läßt sich die Grenzlinie mit Sicherheit ziehen zwischen dem mit dem Tod zu bestrafenden Mörder und dem Todtschläger? Zwischen diesen

beiden Verbrechen besteht keine Kluft und dennoch soll zwischen ihrer Bestrafung eine solche geschaffen werden. — Abgesehen von alledem ist schon die Gleichung, welche in dem „Leben um Leben" liegt, an sich eine unrichtige; die Schätzung des Lebens ist ja eine ungemein verschiedene. Sieht man auf die äußere Gleichartigkeit der Behandlung, so muß man gestehen, daß diese bei der Todesstrafe fast nie vorhanden ist. Ihr geht die Kundmachung des Urtheils an den Verurtheilten zu dessen Vorbereitung Tage, ja Monate lang voran,[1] und wer will ermessen, welchen Inbegriff von Uebeln und Qualen die so eröffnete Aussicht auf die Stunde der Hinrichtung für den Verbrecher in sich schließt? Nur äußerst selten handelt der Mörder seinem Opfer gegenüber in ähnlicher Weise. Fragt man aber nach der inneren Natur des Uebels, welches man mittelst der Todesstrafe über einen Menschen verhängt, so steht man vor einem dunklen unlösbaren Räthsel, denn wer weiß es, was sich hinter der Pforte zum Jenseits verbirgt, die man dem Verbrecher öffnet? Menschen müssen sich hüten vor einem Ausspruch, über dessen Tragweite und Bedeutung sie selbst gar keine Auskunft geben können. — Sodann ist es ein schwerer, für sich allein schon den Ausschlag gebender Einwurf gegen die Todesstrafe, daß sie die Möglichkeit der Wiedergutmachung abschneidet. Bis zu einem gewissen Grade ist dies allerdings bei jeder Strafe der Fall; bei keiner kann man mit Sicherheit sagen, ob später noch Gelegenheit sein werde, es wieder gut zu machen, wenn etwa ein Unschuldiger bestraft werden sollte. Allein die Todesstrafe läßt es nicht bei dieser allgemeinen Gefahr bewenden, sondern stellt von vornherein die Gewißheit her, daß kein Weg der Heilung für einen möglichen Irrthum gegeben ist. Die Möglichkeit eines Irrthums aber ist durch keine Vorsichtsmaßregel ganz zu vermeiden. Es ist einleuchtend, daß eine Strafe, welche ein ganz unbestimmbares Uebel, ohne die Möglichkeit einer Rückgängigmachung, über einen Menschen und möglicherweise über einen Unschuldigen verhängt, etwas so Unheimliches und Grauenhaftes an sich trägt, daß von ihr die Göttin der Gerechtigkeit sich unwillig abwendet. Sie steht geradezu in Widerspruch mit dem Princip der Strafe.

Fragt man weiter, inwiefern die Todesstrafe etwa eine Verfolgung der Strafzwecke zuläßt, so erhält man keine erfreulichere Auskunft. Hierbei möge man übrigens festhalten, daß selbst, wenn hier die Auskunft besser lautete, dies nicht entscheiden würde, sobald einmal feststeht, daß die Todesstrafe principiell verwerflich ist. Daß diese nun für eine gründliche Besserung keinen Raum läßt, ist leicht ersichtlich und Jedermann weiß, wie viel Werth die s. g. Bekehrungen auf dem Schaffot eigentlich haben. Gerade von diesem Standpunkt aus erklärte sich die christliche Kirche in den ältesten Zeiten ebenso gegen die Todesstrafe, wie dies heutzutage die aufgeklärten Katholiken in Belgien und die Anhänger der Besserungstheorie thun. Zweifelhafter könnte auf den ersten Blick die Beantwortung der Frage scheinen: ob die Todesstrafe abschreckende Kraft habe? Dieser abschreckenden Kraft wenigstens vertrauen jene maßgebenden Persönlichkeiten, welche heutzutage noch in den meisten Staaten die Todesstrafe aufrecht zu erhalten wissen. Indessen sind die Beweise, welche man dafür aus der Erfahrung beibringt, sehr trügerisch. Die Erfahrung zeigt vielmehr, daß nach Abschaffung der Todesstrafe in einem Staate die Zahl der früher mit derselben bedrohten Verbrechen nicht wächst. Diese Erfahrung machte man namentlich ganz allgemein bei der überall eingetretenen Beschränkung der Todesstrafe auf die bedeutendsten Verbrechen. Sie erklärt sich dadurch, daß die Verbrecher, wenn sie überhaupt vor Begehung der That an die drohende Strafe denken, derselben durch kluge Veranstaltungen

[1] Vor kurzem ließ man einen Verbrecher in Baiern vier Monate lang in Todesangst schweben, bis man ihn endlich zu lebenslänglichem Zuchthaus begnadigte.

zu entgehen hoffen, und daß sie fast nie zum Verbrechen schreiten würden, wenn sie die zweifellose Gewißheit hätten, daß sie die Strafe erreichen würde, weil unter dieser Voraussetzung keine Aussicht für sie vorhanden wäre, die gehofften Früchte des Verbrechens zu genießen. Daher liegt die abschreckende Kraft der Strafe nicht sowohl in der Höhe der Androhung als in dem Grade der Sicherheit, mit welchem die Bestrafung zu erwarten ist. Es muß also dafür gesorgt werden, daß durch eine gute Organisation der Criminalpolizei die Wahrscheinlichkeit des Unentdeckt- und Unbestraftbleibens der Verbrecher sich mindert.

Insofern die Todesstrafe nicht gänzlich beseitigt wird, muß man wenigstens darauf dringen:

1) Daß sie blos angedroht werde für den vollendeten Mord und außerdem höchstens für die versuchte absichtliche Tödtung des Staatsoberhauptes in einem monarchischen Staat.

2) Daß zur Fällung eines Todesurtheils Einstimmigkeit der Geschworenen gefordert werde.

3) Daß man die Todesstrafe nur alternativ neben einer Freiheitsstrafe und nicht absolut androhe.

4) Daß sie nicht unmittelbar durch Menschenhand und in der möglichst sicheren und schmerzlosen Weise vollstreckt werde. Dem entspricht die neuerdings fast allgemein geschehene Einführung des Fallbeiles.

5) Daß man die Todesstrafe, um nicht jene empörenden Schauspiele zu veranlassen, welche die öffentlichen Hinrichtungen bieten (die recht deutlich zeigen, wie wenig abschreckende Kraft der Todesstrafe innewohnt), innerhalb eines geschlossenen Hofraumes vor wenigen Solennitätszeugen vollziehe (Intramuranhinrichtung), wie dies neuerdings fast überall eingeführt ist.

§. 2. Die Freiheitsstrafen. Die Freiheitsstrafen zerfallen in mehrere Unterarten. Es gehören hierher nämlich: 1) die Verweisung, 2) die Verstrickung, 3) die Verbringung, 4) die Gefängnißstrafe.

1) Was die Verweisung betrifft, so kann diese entweder eine bloße Ausweisung aus einem einzelnen Ort oder Gebiet im Inlande oder eine Verweisung aus dem Inland, Landesverweisung, Verbannung sein. Die erstere kann höchstens als polizeiliche Nebenmaßregel neben einer anderen Strafe eintreten, für sich allein führt sie zu keiner genügenden Bestrafung der Verbrechen. Die Landesverweisung dagegen wird heutzutage durch das Völkerrecht verboten, sofern sie sich gegen Inländer richtet. Als alleinige Strafe ist sie gegenüber Ausländern nicht empfehlenswerth (eher anwendbar als Sicherungsmaßregel gegen Personen, wider welche nach völkerrechtlichen Grundsätzen eine eigentliche Strafgewalt nicht zusteht), dagegen allerdings passend und auch sehr im Gebrauch als Zusatzstrafe für schwere Verbrechen der Ausländer, zu vollstrecken nach der Verbüßung der Gefängnißstrafe.

2) Die Verstrickung (Confination, Internirung), d. h. eine mit einer gewissen Beaufsichtigung verbundene Anweisung, einen Ort oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen, hat ebenfalls nur den Charakter einer Polizeimaßregel.

3) Die Verbringung (Deportation) ist überhaupt nur unter ganz besonderen Voraussetzungen durchführbar. Sie kann eine sittliche Bedeutung gewinnen, wenn man die Verbrecher zu Werkzeugen der Cultur benutzend, durch sie wüste unbewohnte Gegenden urbar machen läßt. Sie ist aber nicht haltbar, sobald neben der Verbrecherbevölkerung eine nur einigermaßen zahlreiche einheimische Bevölkerung in dem Deportationsgebiet (welches nicht selten eine überseeische Colonie ist) sich ausbreitet. Schwierig bleibt es

immer, den Charakter der Strafe bei der Deportation nicht ganz zu verwischen oder andererseits in ungebührliche Strenge ausarten zu lassen. Nicht selten ist auch die Deportation in sehr ungesunde Gegenden zur Execution einer langsam wirkenden Todesstrafe, namentlich gegenüber politischen Widersachern benutzt worden, so z. B. von der französischen Regierung die Verbringung nach Cayenne.

4) Das heutzutage in den bei weitem meisten Fällen angewandte Strafmittel ist die Gefängnißstrafe. Es ist leicht einzusehen, daß diese Strafe in der That (ihre richtige zweckmäßige Einrichtung vorausgesetzt) weit mehr als irgend eine andere jene Eigenschaften hat, welche wir von einem tauglichen Strafmittel verlangen. Denn vor allem besitzt sie eine fast unbegrenzte Theilbarkeit, für welche nur die Länge des menschlichen Lebens die unvermeidlichen Schranken zieht, überdies aber auch eine Dehnbarkeit dadurch, daß sich eine äußerst verschiedenartige Behandlung der Gefangenen mit sehr vielen Abstufungen größerer und geringerer Strenge und Milde denken läßt. Hieraus ergibt sich, wie sehr sie geeignet ist, eine dem Verschulden in jedem einzelnen Falle entsprechende Strafausmessung zu gestatten. Zugleich gewährt sie im Hinblick auf mögliche ungerechte Verurtheilungen den Trost, daß sie eine Wiedergutmachung wenigstens nicht von vornherein ausschließt. Nicht minder aber erscheint die Gefängnißstrafe empfehlenswerth wegen ihrer Tauglichkeit für die Verwirklichung der Strafzwecke. Zunächst ist gewiß eine solche Einrichtung der Haft denkbar, welche, indem sie den rechten Ernst der Strafe fühlen läßt, abschreckend wirkt. Und andererseits ist in der länger dauernden Haft die Gelegenheit geboten, diejenigen Verbrecher, welche besserungsbedürftig und besserungsfähig sind, zu einer inneren Umwandlung ihrer Gesinnungen zu bewegen. Sollen freilich diese Ziele erreicht werden, so wird man die Gefängnißfrage unter Benutzung der gemachten reichen Erfahrungen systematisch nach festen Principien zu lösen versuchen müssen. Von einem Gefängnißsystem konnte man in früheren Zeiten nicht sprechen. Man strebte nur darnach, einerseits den Verbrecher in sicherer Haft zu halten und andererseits, wenn man ihn nicht aus besonderen Gründen einsam in einem verborgenen Kerker verborgen hielt, seine Arbeitskraft möglichst nutzbar zu machen. Dabei war die ganze Behandlung des Sträflings darnach angethan, in ihm jeden Funken einer besseren Regung vollends zu ersticken. Man brachte die Verbrecher gewöhnlich in Gemeinschaft miteinander, und so kam es dazu, daß die Zuchthäuser, wie man ohne Uebertreibung sagen konnte, zu wahren Hochschulen des Lasters und Brutstätten von Complotten zu neuen Verbrechen wurden. Erst am Anfang dieses Jahrhunderts führte die überhandnehmende Ueberzeugung von der Widersinnigkeit eines solchen Vorgehens zu einer rationelleren Einrichtung der Gefängnißanstalten, und zwar zuerst in Nordamerika. Dort bildeten sich zwei Gefängnißsysteme nebeneinander heran: das Auburn'sche oder Schweigsystem und das der Einzelhaft (das pennsylvanische Zellensystem). Das erstere, welches sich namentlich auch über Belgien und Frankreich ausgebreitet hat, sorgt für Absonderung der Sträflinge während der Nachtzeit, was jedenfalls ein Fortschritt ist. Am Tage arbeiten die Sträflinge gemeinsam, jeder Verkehr durch Worte oder Geberden ist aber streng untersagt. Dieses Verbot ist so widernatürlich, daß es selbst mit der äußersten Strenge nicht vollständig aufrecht erhalten werden kann, und in den Gemüthern der Sträflinge Heuchelei, Trotz und Verbitterung erzeugt. Die Statistik der Rückfälle beweist, daß es ebenso wenig wie die althergebrachte gemeinschaftliche Haft einen bessernden Einfluß hat. — Das pennsylvanische System begann mit einer Uebertreibung des an sich richtigen Gedankens, daß man den Verbrecher nicht in die verderbliche Gemeinschaft mit anderen Verbrechern bringen dürfe. Man sperrte ihn also in eine Zelle und ließ ihn ohne allen Verkehr und ohne Arbeit, um in seinem Inneren eine heilsame

Umwandlung zu bewirken. Das Resultat muß Verzweiflung oder Stumpfheit und gänzliche Unfähigkeit, sich nach der Entlassung in der Freiheit zu bewegen und fortzuhelfen, sein. Allmählig kam man, namentlich in Europa, zu einer rationellen Umgestaltung des Systems der Einzelhaft. In dieser Gestalt beruht sie auf dem Princip der Absonderung des Sträflings von anderen Sträflingen, ohne Abschließung desselben von dem veredelnden und wohlthuenden Verkehr mit den Gefängnißbeamten und den Mitgliedern von Gefängnißvereinen, und mit Benützung der die geistigen und sittlichen Kräfte hebenden Arbeit, sowie des Unterrichts, wo dieser noththut. So wird der Sträfling gewahrt vor der Ansteckung durch Seinesgleichen, behütet vor Zuchthausbekanntschaften, welche ihn auch nach seiner Entlassung wieder auf die Wege des Lasters führen könnten, und durch den Verkehr mit liebreichen Menschen, sowie durch die Befähigung zur Arbeit, welche auf ihn schon im Gefängniß ihren sittlich kräftigenden Einfluß äußert, herangebildet zu einem tauglichen Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, welches im Stande ist, durch eigene Thätigkeit sich fortzuhelfen und den Versuchungen zum Rückfall zu widerstehen. Natürlicherweise darf man sich nicht der Täuschung hingeben, daß solche Resultate bei jedem Verbrecher zu erreichen sind; wenigstens aber gewährt das Einzelhaftsystem die Beruhigung, daß die Sträflinge nicht durch den Aufenthalt im Gefängniß noch schlechter und verworfener gemacht werden, als sie vorher waren, daß also dem Staat der schwere Vorwurf erspart bleibt, der ihn treffen muß, wenn er auf diejenigen, deren Geschick in seine Hand gelegt ist, einen entsittlichenden Einfluß ausübt. Es kann auch nicht geleugnet werden, daß die Einzelhaft nicht für jeden Sträfling anwendbar ist. So nicht für Personen, welche zu Geisteskrankheiten neigen, namentlich aber nicht für ganz jugendliche Verbrecher. Für diese empfiehlt sich als bestes Erziehungs- und Zuchtmittel ein familienartiges Zusammenleben und Beschäftigung mit landwirthschaftlichen Arbeiten. Anstalten, welche in dieser Weise organisirt sind, haben sich, namentlich in den Niederlanden und in Frankreich, gut bewährt.

Neben den oben genannten Systemen wäre noch zu erwähnen das s. g. Classifications- oder Genfer System, welches die Verbrecher nach ihrer Verdorbenheit in Classen einzutheilen sucht und eine Vorrückung von einer Classe in die andere bei gutem Verhalten in Aussicht stellt. Da eine solche Classification niemals gelingt, so ist dieses System nicht viel mehr werth, als die alte Gemeinschaftshaft. Mehr Beachtung verdient das s. g. irische System der Zwischengefängnisse (intermediate prisons), welches auf dem Gedanken beruht, die Sträflinge allmählig für die Freiheit und Selbstständigkeit zu erziehen. An den Anfang der Strafverbüßung ist die Einzelhaft gestellt, welche nur so lange dauern soll, als namentlich zur inneren Sammlung des Sträflings und zum Bekanntwerden mit dessen Individualität nöthig ist. Weiterhin soll der Sträfling in Gemeinschaft mit anderen Sträflingen leben, um im Verkehr mit diesen allmählig durch stufenweis gestattete immer größere Freiheit vorbereitet zu werden für den Eintritt in die volle Freiheit. Es bleibt jedenfalls fraglich, ob die Gesellung von Verbrechern wirklich ein passendes Uebergangsstadium zwischen Einzelhaft und dem Leben in der bürgerlichen Gesellschaft ist, und ob jener Verkehr der Sträflinge nicht vielmehr die guten Keime wieder zerstört, welche durch die Einzelhaft gelegt worden sind. Die Controverse über diesen Punkt ist noch nicht ausgetragen und soll hier nicht entschieden werden.

In neuester Zeit hat man in einzelnen deutschen Staaten begonnen, das Institut der s. g. bedingten Entlassung der Sträflinge (bedingte Freiheit, Beurlaubung, „bedingte Begnadigung") einzuführen, welches zuerst in England in einer sehr unsystematischen Weise zur Anwendung gekommen ist. Es besteht im wesentlichen darin, daß derjenige Sträfling, welcher sich längere Zeit hindurch im Gefängniß tadellos verhalten hat,

aus demselben unter der Bedingung des Wohlverhaltens für den Rest der Strafzeit entlassen und in den Zustand einer nur durch eine gewisse Beaufsichtigung eingeschränkten Freiheit versetzt wird. Verletzt er die Bedingung durch übles Verhalten, so wird er — gewöhnlich zur Verbüßung des ganzen Restes der Strafzeit, welche ihm bedingungsweise erlassen war — wieder in die Strafanstalt zurückgebracht. Dieses Institut wirkt sehr wohlthätig auf die Besserung der Sträflinge und widerspricht auch dem Princip der Strafe nicht. Denn da der Richter zur Zeit der Verurtheilung nicht im Stande ist, das Maß des Verschuldens genau zu bestimmen, so läßt sich eine nachträgliche Correctur des Urtheils wohl denken, welche ihre Begründung in einem Rückschluß findet, den man von dem durchaus löblichen Verhalten des Sträflings auf die geringere Intensität seiner verbrecherischen Gesinnung macht.

Die Gefängnißstrafe wird in unseren Gesetzbüchern gewöhnlich in mehrere Unterarten zertheilt. Am häufigsten findet sich eine Dreitheilung in Zuchthaus, Arbeitshaus, Gefängniß (oder Zuchthaus, Gefängniß, Einschließung, wie in Preußen), zuweilen auch eine Viertheilung in Kettenstrafe (welche durchaus verwerflich ist), Zuchthaus, Arbeitshaus, Gefängniß, in Oesterreich sogar eine Fünftheilung in schweren und einfachen Kerker, strengen und einfachen Arrest und Hausarrest. Daneben kommt mit Berücksichtigung des Standes, der Bildungsstufe oder sonstiger berücksichtigungswerther persönlicher Verhältnisse die s. g. Festungsstrafe als ein nicht immer zu rechtfertigendes Privilegium vor. Ein innerer Grund zu einer solchen weitgehenden Zerspaltung der Gefängnißstrafe liegt nicht vor. Es läßt sich nur eine Unterscheidung zwischen nicht entehrender und entehrender Freiheitsstrafe (Gefängniß und Zuchthaus) rechtfertigen, wie dies im Lübischen Strafgesetz und in dem Bremer Entwurf anerkannt ist. Das Nähere hierüber wird die unten folgende Betrachtung über die Ehrenstrafen auseinandersetzen.

§. 3. Die Vermögensstrafen. Diese sind heutzutage in den Hintergrund getreten, während sie fast das ganze Mittelalter hindurch den Mittelpunkt des Strafensystems gebildet hatten. Namentlich ist die Vermögenseinziehung (Confiscation), welche früher mit den schwereren Strafen verbunden zu werden pflegte, heutzutage aus den Gesetzbüchern verschwunden, da man eingesehen hat, daß ihre Wirkungen viel mehr die unschuldigen Angehörigen als den Verbrecher treffen und daß sie dem Besserungszweck zuwiderläuft. Ganz anders ist die s. g. specielle Confiscation, d. h. die Strafe des Verfalles einzelner bestimmter Sachen zu beurtheilen. Sie wird zum Theil als eine Polizeimaßregel angewandt, um weitere üble Folgen zu verhüten, wie z. B. die Confiscation von gesundheitsschädlichen Waaren, falschen Münzen u. dgl., oder sie erscheint als eine passende Form der Geldstrafe bei gewissen Verbrechen, welche aus Gewinnsucht begangen werden, so wenn z. B. angeordnet wird, daß derjenige Beamte, welcher sich bestechen ließ, das erhaltene Geschenk oder dessen Werth herausgeben muß. Als eine eigenthümliche Form von Vermögensstrafen ist auch die Untersagung der Ausübung gewisser Beschäftigungen, Gewerbe u. s. w. zu betrachten, welche aber zugleich auch entweder vom polizeilichen Standpunkt gewürdigt werden muß (wie z. B. wenn einem Baumeister wegen schlechter Bauführung die Ausübung seines Gewerbes verboten wird), oder zunächst wenigstens der Tendenz der Gesetze nach den Charakter einer Ehrenfolge an sich tragen soll (wie z. B. die Entziehung der Advocatenbefugniß), aber deshalb nicht zu billigen ist, da sie, ohne daß dies beabsichtigt und am Platze ist, hauptsächlich als Vermögensstrafe wirkt.

Was nun die eigentlichen Geldbußen betrifft, so haben sie den Vorzug einer großen Theilbarkeit und gestatten auch in ähnlicher Weise, wie die Freiheitsstrafen, eine

Wiedergutmachung. Indessen sind sie vorerst nicht so häufig anwendbar, weil die Mehrzahl der Verbrecher kein Vermögen besitzt, auf das man greifen könnte. Ferner bieten sie gewiß sehr wenig Bürgschaften für Erreichung der Strafzwecke, der Besserung sowohl, als der Sicherung. Ihre Wirkung ist ferner im Hinblick auf die möglichen Verschiedenheiten der Vermögensumstände des Verbrechers schwer zu berechnen und es ist kaum möglich, die richtige Gleichung herzustellen. Man hat daher in älterer und neuerer Zeit den Vorschlag gemacht, die Geldstrafen nach bestimmten Quoten des Vermögens auszumessen. Allein dies würde zu der ärgsten Ungleichheit führen, da das Vermögen eine ganz andere Bedeutung für den auf seine Handarbeit Angewiesenen und für den reichen Capitalisten hat. Es würde überdies eine genaue Untersuchung der Vermögensumstände des zu Bestrafenden voraussetzen, welche zu einer für den Betreffenden unter Umständen höchst peinlichen, durchaus unzulässigen Erörterung der Privatverhältnisse Anlaß gäbe und sehr häufig nicht einmal zum Ziele führen würde. — Den Geldstrafen steht ferner das Bedenken entgegen, daß sie, in einem größeren Ausmaß verhängt, ähnlich wie die Vermögenseinziehung mehr die unschuldigen Angehörigen, als den Verbrecher treffen. Die Geldstrafen empfehlen sich daher nur dann als ausschließlich anzudrohende Strafen, wenn die fraglichen Delicte geringfügiger Natur sind und aus einer Gesinnung hervorgehen, welche ein Hinwirken auf Besserung des Verbrechers unnöthig erscheinen läßt. Außerdem können sie auch, wie dies im preußischen Gesetzbuch geschehen ist, verbunden mit Freiheitsstrafe gegen solche Verbrechen angedroht werden, welche aus Gewinnsucht begangen werden und deren Thäter nicht selten ziemlich wohlhabende Leute sind (also gegen Betrug u. dgl.).

§. 4. Die Ehrenstrafen. Diese sind in unseren Strafgesetzen in einer sehr mangelhaften Weise behandelt, obwohl die neueren Gesetzbücher einen Fortschritt gegenüber den älteren gemacht haben (was nur von dem österreichischen Gesetz von 1852 nicht gilt, welches sogar hinter das von 1803 zurückgegangen ist).[1] Will man hier zu einer durchgreifenden Reform kommen, so muß man sich vor allem klar werden über den Begriff der Ehrenstrafen. Nach unserer heutigen Anschauung nun kann der Staat nur in einer sehr beschränkten und mittelbaren Weise über die Ehre seiner Bürger verfügen. Während in Rom die Ehre nicht dem Menschen, sondern dem Bürger als solchem zukommt, daher der Staat auch über die Ehre, welche er als ein Attribut der freien Staatsbürgerschaft schafft, mit Recht und Wirkung verfügen kann, knüpft sich bei uns der Begriff der Ehre an die menschliche Würde und deren Anerkennung durch die öffentliche Meinung. Ueber diese durch Herkommen und Sitte, Reflexion oder auch Vorurtheil gebildete und bestimmte öffentliche Meinung hat der Staat kein unmittelbares und unbeschränktes Verfügungsrecht; er ist daher nicht in der Lage, ein Urtheil über den Besitz oder Verlust der Ehre zu fällen, kann nicht für ehrlos und nicht für ehrenhaft erklären. Allerdings aber vermag der Staat mittelbar auf die öffentliche Meinung über den Werth und Charakter eines Menschen einzuwirken, indem er einen solchen, welcher durch ein Verbrechen eine ehrlose, gemeine, niederträchtige Gesinnung an den Tag gelegt hat, für unwürdig erklärt, gewisse Rechte auszuüben, deren Besitz nach allgemeiner Anschauung, weil derselbe eine besondere Ehrenhaftigkeit der Gesinnung voraussetzt, etwas Ehrenvolles ist. Der Staat kann also mit anderen Worten den Verlust der s. g. Ehrenrechte aussprechen. Soll aber dabei nicht willkürlich vorgegangen werden, so darf ein solches Urtheil nur ergehen, wenn das

[1]) Dagegen hat ein Gesetz vom 15. November 1867 erhebliche Reformen angebahnt, wenn es auch auf halbem Wege stehen geblieben ist.

Verbrechen, welches begangen wurde, wirklich aus einer unehrenhaften Gesinnung entsprungen ist. Man darf die Aberkennung der Ehrenrechte nicht unbedingt mit der Verurtheilung zu einer gewissen Art der Freiheitsstrafe verbinden, z. B. mit der Zuchthausstrafe, wenn diese nicht ausschließlich für entehrende Verbrechen angedroht wird (was in unseren Gesetzbüchern nicht der Fall ist). Denn unzweifelhaft ist es nicht die Strafe, sondern die verbrecherische Handlungsweise, welche entehrt. Allerdings wird es sich aber zur Vereinfachung des Strafensystems empfehlen, anzuordnen, daß die schwerste Art der Freiheitsstrafe nur bei entehrenden Verbrechen eintrete und daß dann mit der Verurtheilung derselben von selbst der Verlust der Ehrenrechte in dem vom Gesetz bestimmten Maße verbunden sei. Da es ferner aber vorkommen kann, daß solchen Verbrechen, welche in der Regel aus entehrender Gesinnung hervorgehen (wie z. B. Betrug, Diebstahl), ausnahmsweise ein nicht entehrendes Motiv zu Grunde liegt, und umgekehrt, so muß dem Richter die Ermächtigung gegeben werden, in solchen Fällen ausnahmsweise auf „nicht entehrende", beziehungsweise „entehrende Strafe" zu erkennen. Die letztere Ermächtigung wird wegen ihrer schweren Folgen am besten nur bei jenen Verbrechensarten zugestanden, bezüglich welcher das Gesetz im besonderen Theil dies ausdrücklich hervorhebt.

Was ferner den Inhalt der Ehrenstrafen betrifft, so können diese nur in der Entziehung von öffentlichen Rechten bestehen, wie z. B. von Amtsrechten, dem Wahlrecht, dem Recht Geschworener zu sein, Titel zu führen, öffentliche Würden zu bekleiden, Orden zu tragen u. s. w. Der Staat erkennt solche Rechte überhaupt nur zu unter der Voraussetzung besonderer Ehrenhaftigkeit und Befähigung und einer pflichtgemäßen Ausübung der Befugnisse, welche damit ertheilt werden, und es besteht keine Nothwendigkeit, solche Rechte Allen in gleichem Maße zuzutheilen. Nicht hierher gehören dagegen die Privatrechte. Sie verleihen dem Berechtigten keine besondere Ehre und überdies würde ihr Verlust einerseits dem Besserungszweck zuwiderlaufen, andererseits unbetheiligten Dritten am meisten zum Nachtheil gereichen. Das letztere gilt auch von dem Verlust des Rechts, vor Gericht Zeugniß zu geben, welcher überdies unvereinbar ist mit einem Verfahren, das dem Richter die freie Würdigung der Beweiskraft anheimstellt. — Auch akademische Grade kann man nicht zur Strafe entziehen, weil sie nur eine gewisse wissenschaftliche Bildung voraussetzen, deren Mangel keine Strafe nach sich ziehen kann. —

Eine weitere Frage ist die über das Maß der Ehrenstrafen. Und hier finden wir nun in den Gesetzbüchern gewöhnlich mit der Zuchthausstrafe lebenslängliche Ehrenfolgen verknüpft. Jedenfalls ist hiervon die falsche Auffassung die Ursache, welche meint, man könne Jemanden nicht auf eine bestimmte Zeit „ehrlos erklären", während es sich nur um die Entziehung bestimmter Rechte handelt, welche allerdings ohne inneren Widerspruch als eine zeitliche gedacht werden kann. Auch an die Ehrenstrafen muß man, wie an alle Strafen, die Forderung stellen, daß sie im Verhältniß zu der Verschuldung stehen müssen. Es ist fast ebenso verkehrt, lebenslängliche Ehrenfolgen für alle mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen eintreten zu lassen, als es verkehrt wäre, für alle diese Delicte lebenslängliche Zuchthausstrafe zu verhängen. Es wird sich vielmehr die gesetzliche Bestimmung eines Maximum der Zeitdauer empfehlen, bis zu welcher höchstens nach Verbüßung der Freiheitsstrafe die Ehrenfolgen fortzudauern haben, während es dem Richter gestattet ist, auch auf eine kürzere Dauer zu erkennen oder sogar die Ehrenfolgen mit der Verbüßung der Freiheitsstrafe zugleich als beseitigt zu erklären. Sodann würde man auch bezüglich des Umfanges der Ehrenstrafen ungerecht verfahren, wenn man alle Verbrechen nach Einer Schablone behandelte. Man wird darauf zu sehen haben, in welcher Richtung sich die entehrende Gesinnung durch das Verbrechen geoffenbart hat. Dann wird es

unter Umständen also sich als entsprechend herausstellen, nur einzelne der Ehrenrechte für eine Zeit abzuerkennen, also z. B. das politische Wahlrecht, wenn eine Fälschung in Bezug auf politische Wahlen vorgekommen ist, das Recht, öffentliche Aemter zu bekleiden, wenn ein Mißbrauch des Amtes in nicht schlechthin entehrender Weise stattgefunden hat u. s. w. — Es ist wohl aus diesen Andeutungen zu ersehen, daß unser bestehendes Recht in diesem Gebiet gründlicher Reformen bedarf. Namentlich findet sich in allen Gesetzbüchern, wie erwähnt, die Verhängung lebenslänglicher Ehrenfolgen in sehr reichlichem Maße, während sie sich doch nur in Verbindung mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe rechtfertigen läßt, wobei freilich noch die Frage offen bleibt, ob die lebenswierige Freiheitsstrafe selbst beibehalten werden solle. —

Unter die Ehrenstrafen sind auch neben dem Verlust der Ehrenrechte die s. g. beschämenden Strafen zu stellen, die sich noch heutzutage in einigen Ueberresten vorfinden, während die beschimpfenden, wie schon früher erwähnt wurde, nicht mehr in Anwendung sind. Jene beschämenden Strafen bestehen zumeist in einer dem Schuldigen auferlegten Handlung, welche einen für denselben demüthigenden Charakter an sich trägt. So bei der Ehrenerklärung, der Abbitte und dem Widerruf. Diese Strafen sind in einzelnen Gesetzbüchern gegen Ehrenbeleidigungen angedroht, aber jedenfalls sehr precärer Natur. Sie müssen eigentlich von dem Verurtheilten an sich selbst vollzogen werden, hängen also von dessen Willen ab und können durch die Art und Weise, wie dieser sie vollzieht, in ihr Gegentheil verkehrt werden. Es ist auch eine Unsittlichkeit, Jemanden zu einer Erklärung zu zwingen, selbst wenn diese im Widerspruch mit seiner Ueberzeugung steht. — In einer größeren Anzahl deutscher Gesetzbücher findet sich auch noch als die geringste Strafe der durch den Richter zu ertheilende Verweis angedroht, welcher wohl ebenfalls am füglichsten unter die beschämenden Strafen eingereiht wird. Gegen diese Strafe bemerkte die würtembergische ständische Commission mit Recht: „es hänge ihre Größe völlig von der Art ihrer Einkleidung und von dem Ehrgefühl dessen ab, gegen welchen sie erkannt werde; sie könne hierdurch eine sehr empfindliche Strafe werden, sie eigne sich nur zur Disciplinarstrafe". Man kann außerdem hervorheben, daß sie ausnahmsweise zwar allerdings sehr empfindlich werden kann, in der Regel dagegen kaum als eine ernsthafte Bestrafung aufzufassen ist und darum nicht im Einklang steht mit der Bedeutung und Würde des Strafverfahrens, daß sie ferner auf der Voraussetzung eines patriarchalischen Verhältnisses zwischen dem Richter und dem zu Bestrafenden beruht, welche bei uns nicht zutrifft.

§. 5. Die Prügelstrafe. Die Prügelstrafe oder Strafe der körperlichen Züchtigung hat sich bis auf die neueste Zeit als das letzte Ueberbleibsel der früher so häufigen Leibesstrafen erhalten und findet immer noch den einen oder anderen begeisterten Vertheidiger, so daß man sie z. B., nachdem sie der Sturm des Jahres 1848 hinweggefegt hatte, selbst in dem hochgebildeten Sachsen im Jahre 1855 wieder einzuführen für nöthig hielt. Neuestens ist sie nun fast überall wieder beseitigt, nur in Sachsen-Altenburg und in größerem Umfange in den beiden Mecklenburg besteht sie noch. Ihr letztes Stündlein hat aber unzweifelhaft geschlagen, sobald die Einführung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund erfolgt. Sie übt eine durchaus entsittlichende, das Ehrgefühl erstickende Wirkung auf den Verbrecher und ihre Intensität hängt überdies von der nicht zu controlirenden Willkür, der Kraft und Laune des exequirenden Büttels ab. Daß die Prügelstrafe selbst als Disciplinarstrafe in den Strafhäusern gar nichts taugt, ist von den tüchtigsten Praktikern anerkannt. Sie macht die Sträflinge trotzig und verbittert und untergräbt auf diese Weise die Disciplin. Mit

einem Wort: die Prügelstrafe paßt nur für ein Reich, wie das chinesische, in welchem das Staatsoberhaupt wie ein Vater über seine unmündigen Kinder herrscht. Dort freilich ist das Bambusrohr im Schwung und die Applicirung desselben ist mit einer in ihrer Art bewundernswerthen minutiösen Genauigkeit geregelt.

Fassen wir das Ergebniß unserer Betrachtung über die Strafmittel zusammen, so sehen wir, daß das Strafensystem der jetzt geltenden Gesetze noch viel zu complicirt ist. Weder die Todesstrafe, noch die körperliche Züchtigung, noch eine unmotivirte Vieltheilung der Freiheitsstrafen ist zulässig. Ein rationelles Strafensystem gestaltet sich also ganz einfach in folgender Weise:

1) Die regelmäßige Strafe ist die Gefängnißstrafe. Und zwar ist dieselbe mit Rücksicht auf die entehrende oder nicht entehrende Natur des Verbrechens entweder im Zuchthaus oder im Gefängniß im engeren Sinne zu vollstrecken. Also zwei Freiheitsstrafen: Zuchthaus- und Gefängnißstrafe.

2) Für gewisse geringfügigere und auch bedeutendere, aus Gewinnsucht begangene Verbrechen (in dem letzteren Fall cumulativ mit der Freiheitsstrafe) empfehlen sich auch die Geldbußen. —

3) Die Ehrenstrafen sind mit der Freiheitsstrafe (dem Zuchthaus) in die oben näher angegebene Verbindung zu bringen.

Die Hauptsache bleibt nun freilich die Einrichtung der Gefängnisse. Auf diese wichtige Frage concentriren sich in der neueren Zeit so sehr die Bestrebungen der tüchtigsten Theoretiker und Praktiker, daß eine Lösung derselben nicht in allzu ferner Aussicht steht. Erst eine rationelle Einrichtung der Gefängnisse kann die Strafe wirklich zu dem machen, was sie den idealen Anforderungen gemäß sein soll.

C. Von der Anwendung der Strafgesetze auf das Verbrechen.

§. 1. Geltungsgebiet der Strafgesetze. Die Frage über das Geltungsgebiet der Strafgesetze zerspaltet sich wieder in eine doppelte, nämlich in die Frage nach der zeitlichen Herrschaft und in die nach den Personen, welche der Herrschaft des Strafgesetzes unterworfen sind.

Rücksichtlich der zeitlichen Herrschaft gilt im allgemeinen der Satz, daß das Gesetz seine Herrschaft erst mit der verfassungsmäßigen Publication (Kundmachung) beginnt. Gewöhnlich wird aber noch bei der Publication, namentlich bei umfangreichen und wichtigen Gesetzen, ein späterer Zeitpunkt für den Beginn der Wirksamkeit des Gesetzes bestimmt, damit diejenigen, welche dem Gesetz gehorchen sollen, sich die Kenntniß desselben aneignen können Daß man unzulässigerweise allgemeine Kenntniß der gehörig publicirten Gesetze fingirt, davon war schon früher die Rede.

Gewöhnlich stellt man den Satz auf: daß das mildere Strafgesetz auch zurückwirke, d. h. auf jene Verbrechen anzuwenden sei, welche schon vor Erlaß desselben begangen wurden zu einer Zeit, als ein härteres Gesetz galt. Der Grund hiervon wird darin gesucht, daß der Staat durch den Erlaß eines milderen Gesetzes seine Ueberzeugung von der Ungerechtigkeit der früheren härteren Bestrafung ausspricht, daher jenes ältere Recht jetzt nicht mehr seiner Ueberzeugung zuwider anwenden kann. Dies ist richtig, führt aber zu der Consequenz, daß auch das strengere Strafgesetz, also überhaupt jedes Strafgesetz rückwirkende Kraft haben müsse. Durch die Kundmachung eines Strafgesetzes erfüllt der Staat seiner Ueberzeugung nach die Pflicht vergeltende Gerechtigkeit zu

üben, und ist das neue Strafgesetz härter, als das frühere, so liegt darin auch der Ausspruch, daß das letztere ungerecht, weil zu mild, gewesen sei. Der Verbrecher hat auch durch das frühere Gesetz kein Recht auf die mildere Strafe erworben, er hat nicht etwa einen Vertrag abgeschlossen, dahin lautend, daß er ein Verbrechen begehen wolle unter der Bedingung, nicht härter gestraft zu werden, als das bestehende Recht festsetze. Gleichwohl ist es zu billigen, wenn die allgemein herrschende Ansicht strengeren Strafgesetzen die rückwirkende Kraft versagt. Denn im entgegengesetzten Fall wäre die Möglichkeit zu straferhöhenden Gelegenheitsgesetzen gegeben, die eigentlich nur eine Verhüllung der Cabinetsjustiz wären. Mißliebige, namentlich politische Gegner könnte die Regierung durch solche rückwirkende Gesetze maßregeln.

Die Wirksamkeit eines Strafgesetzes erlischt nach unserer heutigen Auffassung nur entweder mit dem Ablauf der Zeit, für welche es gegeben wurde, oder durch ein neues, mit dem früheren nicht vereinbares (oder dasselbe geradezu aufhebendes) Gesetz, nicht aber kann es auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes beseitigt werden. Eine etwaige, mit dem Gesetz im Widerspruch stehende Gerichtspraxis kann nicht als Rechtsquelle gelten, da sie vielmehr als eine Verletzung des Gesetzes den Richter verantwortlich macht. —

Sehr viel Streit besteht über das Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes rücksichtlich der ihm unterworfenen Personen. Allerdings ist man einig über die durch das Staatsrecht und Völkerrecht begründeten Ausnahmen. Hiernach ist der Souverän des eigenen Staates ebenso wenig dem Strafgesetz unterworfen, als andererseits fremde Souveräne und fremde Gesandte sammt dem Gesandtschaftspersonal (desgleichen deren Familien nach positivem Völkerrecht) vor dem hiesigen Strafgericht zur Rechenschaft gezogen werden können. Abgesehen hiervon stehen sich namentlich das s. g. Territorial- und das Personalprincip gegenüber. Das erstere sieht den Aufenthaltsort der Personen als entscheidend an und erklärt also, Jeder sei dem Gesetze unterworfen, der sich in dem Staatsgebiet aufhalte, für welches das Gesetz erlassen worden, gleichviel ob er Ausländer oder Inländer sei. Das Personalprincip hingegen legt auf die Staatsangehörigkeit mehr Gewicht. Ihm zufolge sind allerdings alle hierzulande Lebenden dem hiesigen Gesetz unterworfen, da auch die Fremden als s. g. zeitweilige Unterthanen (subditi temporarii) betrachtet werden, welche den Schutz der Strafgesetze genießen und sie beobachten müssen, allein überdies werden die Inländer, auch wenn sie im Auslande verweilen, ebenfalls als dem inländischen Gesetz unterworfen erklärt. Hierbei wird nur abgesehen von Gesetzen rein localer Natur, namentlich polizeilichen Vorschriften. Dagegen habe der Staat jedenfalls im allgemeinen kein Recht, Verbrechen zu bestrafen, welche von Ausländern im Ausland begangen sind. Hiervon wird aber meistens wieder eine Ausnahme gemacht, wenn die im Ausland von Ausländern begangenen Handlungen gegen den inländischen Staat (oder auch seine Angehörigen) gerichtet sind. In diesem Fall pflegen die Gesetze die Bestrafung des Ausländers (mit verschiedenen Modificationen im einzelnen) anzuordnen und dies wird begründet entweder aus einem angeblichen „natürlichen Strafrecht", weil sonst, wenn fremde Staaten nicht einschreiten, unser Staat und seine Angehörigen des Strafschutzes beraubt wären, oder durch eine (fingirte) stillschweigende wechselseitige Delegation, oder aus dem Gesichtspunkt einer nur ganz ausnahmsweise zu übenden Nothwehr.

Andere Schriftsteller (und zum Theil auch einige Gesetzbücher, wie das österreichische und das sächsische) sind noch weiter gegangen und erklären auch die im Ausland von Ausländern begangenen Verbrechen im Inland strafbar, wenn sie nicht geringfügiger oder localer Natur sind, für den Fall, als der ausländische Staat nicht selbst seine Straf-

gewalt ausübt. Diese Ansicht ruht auf einer tieferen ethischen Grundlage, als die sonst vorherrschende. Sie stützt sich auf den Gedanken, daß es die Pflicht eines jeden Staates sei, strafwürdige Uebelthaten zu bestrafen, welche er zu üben hat, ohne egoistische ausschließliche Rücksichtnahme auf seine eigenen Rechte und Interessen; eine Pflicht, in deren Ausübung die Staaten auch verbunden sind, einander gegenseitig zu unterstützen. Solche „Weltrechtspflege" kann natürlich nur geübt werden rücksichtlich der an sich schon und nicht blos in Beziehung auf einen einzelnen Staat und dessen Gesetze strafwürdigen Handlungen und wird eingeschränkt durch das politischen Verbrechern zuzugestehende Asylrecht. Dieses Asylrecht muß heilig gehalten werden, denn wollte man auswärtige Verbrecher, welche sich gegen eine fremde Regierung oder Verfassung vergangen haben, selbst bestrafen oder auch nur ausliefern, so müßte man die Vorfrage entscheiden: ob die fremde Regierung oder Verfassung wirklich eine rechtmäßige sei — eine Entscheidung, für welche den diesseitigen Gerichten nicht selten die Prämissen fehlen und die zu völkerrechtlichen Verwickelungen führen kann. Die Auslieferung wäre da nicht selten eine Mitwirkung zur Verurtheilung an sich berechtigter und edler Bestrebungen. Das Asylrecht wird der Staat allerdings nur unter der Bedingung gewähren, daß es nicht zur Anspinnung neuer Unternehmungen gegen den fremden Staat mißbraucht werde. Mit Recht wird in den neuestens zwischen verschiedenen Staaten abgeschlossenen Auslieferungsverträgen die Clausel aufgenommen, daß wegen s. g. politischer Verbrechen keine Auslieferung stattfinde.

Diejenigen Staaten, welche von Ausländern im Ausland begangene Verbrechen bestrafen, nehmen dabei das auswärtige Recht zur Richtschnur, wenn dieses milder ist, als das einheimische. Die Strafwürdigkeit einer Handlung kann aber strenge genommen der Staat nur nach seinen eigenen Gesetzen beurtheilen, wobei allerdings Rücksicht zu nehmen ist auf den etwaigen entschuldbaren Irrthum eines Ausländers, in dessen Heimath das Delict allgemein als ein minder strafbares oder gar nicht strafwürdiges gilt. —

Delicte geringfügiger Art, die im Ausland von Ausländern begangen werden, ignorirt man mit Recht, weil die langwierige Procedur und die sonstigen Folgen, welche sich an die Auslieferung knüpfen, häufig einen über das Maß der verdienten Strafe hinausreichenden Nachtheil zufügen würden, und andererseits die Untersuchung und Bestrafung im Inlande ebenfalls einen unverhältnißmäßigen Aufwand von Kosten und Bemühungen verursacht. —

§ 2. **Strafzumessungs- und Strafänderungsgründe im allgemeinen.** Betrachtet man das Strafgesetz im Verhältniß zum Strafrichter, so ergibt sich der unbestrittene Satz, daß der letztere sich zum Organ des Gesetzes machen, also das Urtheil dem Gesetze gemäß sprechen muß, da es nicht seines Amtes ist, die Gesetze zu corrigiren. Es ist aber verfehlt, wenn die Strafgesetze das Ermessen des Richters ganz ausschließen wollen. Dies geschieht namentlich durch die s. g. *absoluten* Strafandrohungen, welche, ohne der vernünftigen Erwägung der Umstände durch den Richter irgend einen Spielraum zu lassen, die Strafe bestimmen. In solcher Weise finden wir in der Regel die Todes- und die lebenslängliche Strafe in den Gesetzbüchern angedroht. Absolut *unbestimmte* Strafgesetze, welche blos erklären, daß eine Handlung strafbar sei, Art und Maß der Strafe aber ganz dem Ermessen des Richters überlassen, schützen nicht vor der Willkür des letzteren. Darum sind nur die *relativ* bestimmten Strafdrohungen zu rechtfertigen, welche heutzutage auch fast alleinherrschend sind. Der Gesetzgeber stellt hier mittelst der Angabe eines Höchst- und Mindestbetrages der Strafe einen Strafrahmen auf, innerhalb dessen der Richter die Strafe nach gewissenhafter Erwägung aller das vorliegende Verbrechen mehr oder minder strafwürdig machender Umstände zumessen kann. Eine solche

blos relative Strafandrohung entspricht allein der Natur strafbarer Handlungen. Denn die Strafwürdigkeit derselben ist nicht eine gleiche für jedes solche Verbrechen, welches unter dieselbe Art von Delicten gehört, sondern man kommt nur dann zu der richtigen Abschätzung des Verschuldens, wenn man jeden einzelnen concreten Fall nach seiner subjectiven und objectiven Bedeutung würdigt. Jedes einzelne begangene Verbrechen hat seinen individuellen Werth und kann nie blos als ein Exemplar seiner Art oder Gattung behandelt werden.

Wie schon angedeutet worden ist, gibt es Gründe, welche, weil sie auf das Maß des Verschuldens von Einfluß sind, bei der Zumessung der Strafe von dem Richter zu berücksichtigen sind. Man nennt dieselben Strafzumessungsgründe und theilt sie nach ihrer Wirkung ein in Straferhöhungs= und Strafminderungsgründe. Nicht selten versuchen es die Gesetze, dieselben beispielsweise oder gar vollständig aufzuzählen. Eine vollständige Aufzählung anzustreben, ist ein von vornherein verfehltes Unternehmen, da keine menschliche Weisheit im Stande ist, a priori alle jene Umstände anzugeben, welche möglicherweise auf die Strafbarkeit einer That Einfluß üben können. Eine blos beispielsweise Aufzählung dagegen ist geeignet, den Richter irre zu leiten und sein Augenmerk von der eindringenden Beurtheilung des concreten Falles hinweg zur Subsumirung desselben unter allgemeine Schablonen zu lenken. Die Strafzumessungsgründe widerstreben überdies jeder allgemeinen Formulirung, weil sie zumeist solche Umstände sind, welche eben jedes Verbrechen in einem höheren oder geringeren Grade begleiten, so daß also ein bloßes, im allgemeinen nicht zu bezeichnendes Quantum den Ausschlag für die höhere oder niedere Strafzumessung gibt. Ob der Schaden größer oder geringer ist, die Verletzung von mehr oder weniger Pflichten vorliegt u. s. w. — derartige durchaus fließende und relative Bestimmungen sind nicht geeignet zu einer gesetzlichen Fixirung. Jeder verständige Richter wird ohnehin darüber mit sich im Klaren sein, daß die Intensität des verbrecherischen Willens, die Größe des verursachten Uebels, auch die Gefährlichkeit der Handlung, so weit der Thäter mit dem Bewußtsein der Gefahr gehandelt hat, als Zumessungsgründe in's Auge zu fassen, und daß die Energie des verbrecherischen Willens wieder zu messen sei an der Menge und Größe der Hindernisse, welche der zum Verbrechen Schreitende (in seinem Inneren oder in der Außenwelt) zu überwinden hatte. Für ihn kann eine gesetzliche Anleitung nur überflüssig und vielfach einengend sein; für den unverständigen Richter dagegen wird sie zu einem Sündenbock, auf den er alles Unheil schieben kann, welches eine schiefe und oberflächliche Beurtheilung der Verbrechen anrichtet.

Die Strafzumessungsgründe pflegt man gewöhnlich einzutheilen in criminalrechtliche und criminalpolitische. Die ersteren beruhen auf dem größeren oder geringeren Verschulden des Verbrechers, die letzteren dagegen beziehen sich nicht auf dieses Verschulden, sondern auf irgend welche Nützlichkeitsrücksichten. So z. B. soll es ein criminalpolitischer Strafminderungsgrund sein, wenn der durch das Verbrechen Beschädigte auch ohne Zuthun des Verbrechers Schadenersatz erhalten hat, oder wenn der Verbrecher der Obrigkeit andere, bisher verborgen gewesene Verbrecher entdeckt u. dgl. m. Allein es bedarf wohl keines Nachweises, daß es eine Verletzung der Gerechtigkeit ist, Umstände, welche mit dem Verbrechen selbst nicht zusammenhängen, als strafmindernd zu betrachten. — Ebenso wenig gehört unter die Strafminderungsgründe die Erduldung einer (unverschuldeten) Untersuchungshaft, da diese ebenfalls auf die Intensität des verbrecherischen Willens und die Größe der Uebelthat keinen Einfluß übt. Allerdings muß aber die Untersuchungshaft, als ein um des Verbrechens willen erduldetes Uebel, bei der Ausmessung der Strafe dem Verbrecher zu gute gerechnet werden.

Die Eintheilung der Strafzumessungsgründe in subjective und objective hat zwar manches für sich, kann aber leicht zu Mißverständnissen führen. Die subjectiven beziehen sich unmittelbar auf den verbrecherischen Willen; hierher gehören z. B. größere oder geringere Reiflichkeit der Ueberlegung, Gemüthsbewegungen, gute oder schlechte Erziehung, Verführung durch Andere u. dgl. Die objectiven beziehen sich auf die Größe des verursachten Uebels — wobei es aber nur zu oft außer Acht gelassen wird, daß diese nur in Betracht kommt, wenn sie dem Thäter zur Absicht oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnen ist.

Von den Strafzumessungsgründen unterscheidet man die Strafänderungsgründe, welche entweder die Strafe schärfen oder mildern, d. h. Umstände, bei deren Vorhandensein eine schärfere oder mildere Strafart, oder ein anderes Strafmaß, als das gewöhnliche, angewandt wird. Man ist wohl einig darüber, daß die Strafschärfungsgründe im Gesetz selbst genau bestimmt werden müssen, weil man eine Schärfung nicht in das Ermessen des Richters stellen darf, was zur Willkür führen und den Grundsatz: nulla poena sine lege poenali verletzen würde. Als ein solcher Schärfungsgrund erscheint gewöhnlich der Rückfall im engeren Sinne, d. h. das Begehen eines Verbrechens von Seiten eines bereits einmal wegen eines gleichartigen Verbrechens Bestraften; häufig auch das Zusammentreffen strafbarer Handlungen, wovon später zu reden sein wird. — Rücksichtlich der Strafmilderung stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine meint, es genüge, wenn die Gesetzgebung dem Richter eine allgemeine Ermächtigung zur Strafmilderung ertheile, ohne ihn irgendwie durch eine Angabe der Milderungsgründe zu binden, welche ohnehin nicht thunlich sei, da es sich um Umstände handle, welche das Gesetz nicht voraussehen könne. Nun scheint es aber unzweifelhaft, daß eine solche allgemeine Ermächtigung, „mildernde Umstände“ anzunehmen, den Richter über das Gesetz stellt und ihm einen Theil des Begnadigungsrechtes einräumt. Dabei kann auch nicht zugegeben werden, daß es sich um für den Gesetzgeber nicht voraussehbare Fälle handle, im Hinblick auf welche voraussehend er eine allgemeine Ermächtigung ertheilt. Oder kann man es nicht voraussehen, daß Jemand in einem Zustand geminderter Zurechnungsfähigkeit, in einem an die Kindheit angrenzenden Alter u. dgl. m. ein Verbrechen begeht? — So weit es also voraussehbar ist, was hier in Frage steht, muß es die Gesetzgebung auch möglichst genau fixiren und wirklich nicht voraussehbare Milderungsgründe müssen dem Begnadiger, nicht dem Richter zur Würdigung überlassen werden. Da ferner jene angedeuteten echten Milderungsgründe hauptsächlich in gewissen geistigen Zuständen bestehen, die, sobald sie im höchsten Grade vorhanden sind, die Zurechnung ganz ausschließen, so wird der Richter allerdings zu ermächtigen sein, bei ihrem Vorhandensein selbst bis auf ein Minimum von Strafe herabzugehen.

Die Umstände nun, welche hier in Betracht kommen, sind: 1) Das jugendliche Alter zwischen der Kindheit und der Volljährigkeit in dem schon früher entwickelten Sinne. 2) Zustände, welche sich der Zurechnungsunfähigkeit annähern, wie z. B. Affecte, die sich bis zur Besinnungslosigkeit steigern können, Zustände, die an den Nothstand, die volle Berauschung, die Schlaftrunkenheit angrenzen, Schwachsinnigkeit u. dgl. m. (Dies sind die Fälle der s. g. „verminderten Zurechnung“). 3) Die nahezu gänzlich abgelaufene Verjährungsfrist (siehe unten).

Gestattet man dem Richter, diese Umstände in der angeführten Weise zu berücksichtigen und gibt man ihm überdies das Recht, dann, wenn er findet, daß eine Handlung nicht auf entehrender Gesinnung beruhe, zu nicht entehrender Strafe zu verurtheilen, so ist dem vernünftigen Ermessen des Richters gewiß ein vollkommen genügender Spielraum gegeben,

ohne daß man zu dem höchst bedenklichen System der blos vom Richter festzustellenden mildernden Umstände zu greifen braucht.

§. 3. Das Zusammentreffen von Verbrechen insbesondere. Schwierigkeiten entstehen für die Strafzumessung in dem Fall des s. g. Zusammentreffens von Verbrechen (Concurrenz, concursus delictorum). Man versteht hierunter das Zusammentreffen von mehreren noch unbestraften Verbrechen desselben Thäters als Gegenstand gemeinsamer Aburtheilung. Man theilt dasselbe ein in das einthätige (ideale, gleichzeitige) und mehrthätige (reale, ungleichzeitige) Zusammentreffen, je nachdem der Verbrecher durch ein und dieselbe That mehrere Strafgesetze übertreten hat (z. B. indem er durch einen Act Nothzucht und Blutschande geübt, durch dasselbe Wort mehrere Personen beleidigt hat u. s. w.) oder die Uebertretungen durch selbstständige Handlungen verübt wurden. Nach einem anderen Gesichtspunkt unterscheidet man zwischen gleichartigem Zusammentreffen (z. B. Concurrenz mehrerer Diebstähle) und ungleichartigem (z. B. Concurrenz von Diebstahl und Betrug). Ist die mehrthätige Concurrenz gleichartig, so nennt man sie auch Wiederholung, ist sie ungleichartig, Häufung von Verbrechen. Man muß sich übrigens wohl hüten, die Fälle der Scheinconcurrenz mit der wirklichen Concurrenz zu verwechseln.

Rücksichtlich der Bestrafung zusammentreffender Verbrechen hat man drei verschiedene Systeme aufgestellt: 1) Das Absorptionssystem (poena major absorbet minorem), wonach blos auf die höchste der mehreren verwirkten Strafen erkannt werden soll. Damit ertheilt man offenbar einen Freibrief für die mit dem schwersten Verbrechen zusammentreffenden geringeren Delicte. Begreiflich war die Vertheidigung dieses Systems zu einer Zeit, in welcher unter den concurrirenden Verbrechen gewöhnlich eines mit Todesstrafe bedroht war. 2) Das Schärfungssystem, zufolge dessen man die Strafe des schwersten Verbrechens mit Rücksicht auf die übrigen schärft, wofür aber keine rationelle Begründung gegeben werden kann. Auch nach diesem System werden die concurrirenden Verbrechen namentlich dann, wenn sie schwerere sind oder ihre Anzahl eine größere ist, straffrei bleiben. 3) Das Cumulations- (Strafhäufungs-) System, welches von dem richtigen Grundsatz, daß jedes Verbrechen bestraft werden solle (quot crimina tot poenae) ausgeht. Zunächst ergibt sich nun freilich, daß eine einfache Zusammenrechnung oft thatsächlich unmöglich ist, so z. B. wenn mehrere mit dem Tod oder mit lebenslänglicher Strafe bedrohte Verbrechen concurriren. Sie ist ferner auch dann („juristisch“) unmöglich, wenn durch sie eine Gesammtstrafe sich ergeben würde, welche das Gesetz aus der Reihe der Strafmittel gestrichen hat (z. B. verschärfte Todesstrafe), oder wenn sich durch die Zusammenrechnung die Einzelstrafen in eine Strafe anderer Qualität verwandelten, z. B. zeitliche Freiheitsstrafen in eine lebenslängliche. Indessen selbst abgesehen hiervon ist die einfache Zusammenrechnung verwerflich und vielmehr ein Abzug von der so gefundenen Summe am Platz (neuestens juristische Cumulation genannt), weil die Strafen durch ihre gleichzeitige, beziehungsweise ununterbrochen zusammenhängende Verbüßung unverhältnißmäßig an Intensität zunehmen. In diesem Sinne findet sich das Strafhäufungssystem in der Regel in unseren Gesetzbüchern betreffs der mehrthätigen Concurrenz durchgeführt, während für die einthätige gewöhnlich das Absorptionssystem angewandt ist, ohne daß ein triftiger Grund für diese verschiedenartige Behandlung besteht.

Wie oben erwähnt wurde, versteht man unter zusammentreffenden Verbrechen im allgemeinen nur jene, welche Gegenstand derselben Aburtheilung sind. Es ist aber nicht ersichtlich, warum diese rein processualische Rücksicht maßgebend sein soll. Liegt der Grund für die Aufstellung einer s. g. Concurrenzstrafe in der Rücksicht auf die Wirkung der

gemeinsam zu verbüßenden mehreren Strafen, so hat man eben nur darauf zu sehen, ob ein solcher Fall vorliegt. Man sollte also statt von zusammentreffenden Verbrechen von zusammentreffenden Strafen sprechen, und die Regeln über die Verhängung einer entsprechenden Gesammtstrafe für alle jene Fälle aufstellen, in welchen es sich um gleichzeitig zu verbüßende oder ununterbrochen zusammenhängende Strafen handelt. Wenn der zu vierjährigem Zuchthaus Verurtheilte im Gefängniß ein Verbrechen begeht, so kann man die nun verwirkte Strafe ebenso wenig einfach zu der früher erkannten hinzufügen, als wenn das zweite Verbrechen schon vor der Aburtheilung über das erste begangen worden wäre. Die Mehrzahl der Schriftsteller erklärt sich allerdings gegen eine solche Erweiterung des Concurrenzbegriffes.

Gewöhnlich sucht man von dem Zusammentreffen der Verbrechen das s. g. fortgesetzte Verbrechen zu unterscheiden, allein weder die Schriftsteller noch die Gesetze sind über den Begriff desselben einig. Man will durch denselben solche Fälle zusammenfassen, in welchen mehrere verbrecherische Handlungen begangen sind, deren jede für sich allein schon den Thatbestand desselben Verbrechens darstellt, die man aber doch wegen ihres inneren und äußeren Zusammenhanges als die Fortsetzung eines einzigen Verbrechens behandeln will. Wie man auch immer diesen Begriff festzustellen sucht, leidet er meines Erachtens an inneren Widersprüchen. Ist dem Richter bei Verhängung der Concurrenzstrafe der gehörige Spielraum eingeräumt, so wird er auch solchen Concurrenzfällen gerecht werden können, welche eine mildere Beurtheilung verdienen, weil der psychologische Zusammenhang der verschiedenen Verbrechen die Strafbarkeit verhältnißmäßig geringer erscheinen läßt. —

§. 4. Strafverwandlung. Von der Strafänderung hat man die Strafverwandlung zu unterscheiden. Jene besteht in der Zuerkennung einer schärferen oder milderen Strafe statt der gewöhnlichen, diese dagegen ist die Zuerkennung eines von der gesetzlichen Strafe der Art nach verschiedenen, aber dem Grade nach gleichen Strafübels. Der Richter vollzieht also in einem solchen Fall das dem Buchstaben nach nicht vollziehbare Gesetz nur in einer anderen Form. Eine Strafverwandlung wird nothwendig:

1) Wenn es thatsächlich unmöglich ist, die von dem Gesetze verhängte Strafe zu vollziehen, weil der zu Bestrafende das Gut nicht hat, welches ihm entzogen werden soll, so z. B. wenn eine Vermögensstrafe an einem Vermögenslosen, oder die Strafe des Gewerbsverlustes an demjenigen vollzogen werden soll, welcher auf die Ausübung des Gewerbes resignirt hat.

2) Wenn die Vollziehung der Strafe in dem gegebenen Fall ein Uebel zufügen würde, welches unzweifelhaft nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen ist, so z. B. Vollzug harter Leibesstrafe oder Zwangsarbeit an sehr schwächlichen und gebrechlichen, kranken Personen u. dgl.

In den Gesetzen finden sich namentlich Vorschriften über den Maßstab, nach welchem eine Freiheitsstrafe in eine andere umgewandelt werden kann (wobei sie das entehrende Moment, welches die Zuchthausstrafe in sich schließt, nicht gehörig beachten) und über die Umwandlung von unvollstreckbaren Geldstrafen in Freiheitsstrafen. In dieser letzten Beziehung verdient der in neuerer Zeit gemachte Vorschlag Beachtung, in erster Linie zu gestatten, daß die Geldstrafe abgearbeitet werden könne und erst in zweiter Linie Freiheitsstrafe eintreten zu lassen. Eine solche Einrichtung wird das Ehrgefühl steigern und beitragen, die Kluft zwischen Arm und Reich kleiner zu machen.

Ist im Gesetzbuch für einen Fall, in welchem sich die gesetzliche Strafe als unvollziehbar erweist, keine Vorschrift über die Strafverwandlung gegeben, so darf der Richter

keine solche Verwandlung vornehmen, weil sonst der Grundsatz: „keine Strafe ohne Strafgesetz“ verletzt würde, und es bleibt nichts übrig, als das unvollstreckbare Gesetz eben unvollzogen zu lassen. —

§. 5. Strafausschließungsgründe Den Schluß der Lehren des allgemeinen Theiles bildet die Betrachtung derjenigen Gründe, welche die Anwendung des Strafgesetzes auf ein begangenes Verbrechen ausschließen. (Man darf sie nicht verwechseln mit jenen Gründen, welche die Zurechnungsfähigkeit oder die Zurechenbarkeit ausschließen, bei deren Vorhandensein demnach gar keine strafwürdige Handlung, kein Verbrechen vorliegt.) Diese Strafausschließungsgründe sind:

1) Der Tod des Verbrechers. 2) Die Verjährung. 3) Die Begnadigung. 4) Bei gewissen Verbrechen die Verzeihung der verletzten Privatperson. —

Zu 1. Daß der Tod des Verbrechers die Vollstreckung der Strafe ausschließt, versteht sich heutzutage wohl von selbst, da die Strafe nur den Schuldigen und nicht etwa dessen Angehörige oder Erben treffen darf. Von einem Vollzug der Strafe an dem Leichnam des Verbrechers, wie man ihn in barbarischen Zeiten vornahm, kann ebenfalls keine Rede sein. Gleichwohl findet sich noch in allen Gesetzbüchern (mit Ausnahme des österreichischen — und auch des österreichischen Entwurfs) noch ein Ueberbleibsel einer gegen die Erben gerichteten Bestrafung und erfreut sich sogar der Zustimmung der meisten Schriftsteller. Es wird nämlich im Anschluß an Bestimmungen des römischen Rechts die Geldstrafe am Nachlaß des Verstorbenen vollstreckt, wenn sie noch bei Lebzeiten desselben rechtskräftig zuerkannt wurde. Das heißt nun offenbar nichts anderes, als die Erben des Verbrechers für dessen Delict zur Strafe ziehen, und läßt sich durch solche nichtssagende Gründe nicht rechtfertigen, wie z. B. die Behauptung ist, daß die rechtskräftig zuerkannte Geldbuße wie eine Civilschuld oder wie eine „öffentliche Schuld“ auf dem Vermögen hafte. Anders verhält es sich mit der s. g. speciellen Confiscation, insofern sie als eine Maßregel der Rechts- oder Gesundheitspolizei in ihrem Vollzug unabhängig ist von dem Tod des Verbrechers.

Es versteht sich ferner von selbst, wenn es auch gewöhnlich nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, daß ebenso wie der Tod des Verbrechers eine beständige Geisteskrankheit desselben den Vollzug der Strafe ausschließt. Zweifel mögen entstehen, ob, wenn der Verbrecher während der Strafzeit in eine vorübergehende Geisteskrankheit verfällt, die Dauer derselben in die Strafzeit einzurechnen sei.

Zu 2. Daß durch den Verlauf einer längeren Zeit die Bestrafung eines Verbrechens ausgeschlossen werden könne, wird zuweilen nur als ein auf Willkür beruhendes Institut des positiven Rechts hingestellt: In der That sprechen aber gewichtige Gründe für die Verjährung der Verbrechen. Zunächst kommt hierfür in Betracht der Umstand, daß nach Ablauf einer längeren Zeitfrist das Andenken an das Verbrechen in den Menschen erlischt und damit auch das Verlangen nach einer Bestrafung, welchem durch diese eine sittliche Genugthuung gewährt werden soll. Namentlich aber ist zu erwägen die Veränderung, welche mit der Person des Verbrechers vor sich geht, so daß „der Mensch nach Ablauf eines längeren Zeitraums seines irdischen Daseins nicht mehr derselbe ist“. In Folge dieser Umwandlung wird es unmöglich, nach Verlauf einer langen Zeit die Fragen ins Reine zu bringen, welche sich auf den subjectiven Thatbestand des Verbrechens beziehen. Auch die Aussagen des Angeschuldigten über seine einstigen Anschauungen, Stimmungen und Bestrebungen sind trügerisch, da wir nur zu wohl wissen, wie oft wir zurückblickend auf frühere Zeiten uns selbst nicht wiedererkennen in den Handlungen, welche einst der Ausdruck unseres Inneren waren. Es ist also nicht möglich, auf Grundlage der Beurtheilung einer Persönlichkeit, wie sie sich uns jetzt darstellt, die

Größe der Schuld zu bemessen, welche ihr vor langer Zeit zur Last fiel. Man ist genöthigt, in der Dunkelheit ruhen zu lassen, was nicht mehr an das Tageslicht gebracht werden kann. Dies wird um so mehr geboten sein, als man durch Untersuchungen, welche erst angestellt werden, nachdem viele Jahre seit Begehung des Verbrechens verlaufen sind, oder durch eine so späte Vollstreckung eines längst schon gesprochenen Urtheils das Vertrauen zu der Wirksamkeit der Strafrechtspflege in der bedenklichsten Weise erschüttert. Denn durch eine solche verspätete Untersuchung oder Strafvollziehung wird es offenkundig, daß der Verbrecher nicht selten der Hand der Nemesis ganz entgeht, und daß dann nur ein Zufall seine späte Bestrafung herbeiführt. Gewöhnlich wird auch noch auf die Verdunkelung der Beweise aufmerksam gemacht, welche im Laufe der Zeit eintritt, und aus welcher in der Regel eine Resultatlosigkeit der Untersuchung sich ergibt, wenn es nicht etwa gar wegen Verdunkelung des Entlastungsbeweises zu einer ungerechten Verurtheilung kommt. Beides ist höchst mißlich und erschüttert das Ansehen der Justiz gewaltig.

Der letztangeführte Grund läßt sich allerdings nur geltend machen für die Verjährung der Anklage; nicht für die Verjährung der bereits durch Urtheil zuerkannten Strafe. Gleichwohl ist auch diese gerechtfertigt, weil für sie die übrigen angeführten Gründe sprechen. Namentlich wird die Bedeutung und Wirkung der Strafe in Folge der mit der Zeit eintretenden Umwandlung des Verbrechers ganz unberechenbar. Die Verjährung der zuerkannten Strafe ist auch in der Mehrzahl der neueren Gesetze (beziehentlich Entwürfe) anerkannt, während andere nur eine Verjährung der Anklage kennen.

Die Verjährungsfrist bei der Verjährung der Anklage soll eigentlich von dem Moment, in welchem das Verbrechen begangen wurde,[1] gerechnet werden, meistens wird aber der Tag, an welchem das Verbrechen begangen wurde, in die Frist mit eingerechnet, obwohl kein Grund vorliegt, im Strafrecht zu derartigen Fictionen zu greifen. Es entspricht der verschiedenartigen Schwere der Verbrechen, wenn in den Gesetzen (mit theilweiser Ausnahme des sächsischen) die Dauer der Verjährungszeit je nach der Art und dem Maße der Strafe, welche auf die Verbrechen gesetzt ist, verschieden bestimmt wird. Mehrere Gesetzbücher erklären die mit der Todesstrafe, zum Theil auch die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechen für unverjährbar, wofür sich nur der unhaltbare Gedanke an die in solchen Fällen nöthige Abschreckung als Grund anführen läßt.

Die Verjährung der bereits zuerkannten Strafe beginnt nach der herrschenden Ansicht mit der Rechtskraft des Strafurtheils; richtiger ist es wohl, wenn einige Gesetzbücher bestimmen, die Frist laufe von der Kundmachung des Urtheils, da der Ablauf einer Frist für Rechtsmittel keinen Einfluß auf den Lauf der Verjährung haben kann.

Unterbrochen wird die Verjährung der Anklage durch jede Handlung des Gerichts oder der Criminalpolizei (insbesondere der Staatsanwaltschaft), welche als ein gegen die Person des Verbrechers gerichteter Untersuchungs- oder Verfolgungsact auftritt. Wird die begonnene Untersuchung wieder eingestellt, so läuft von dem letzten Act derselben die Verjährung von neuem. — Die Verjährung der erkannten Strafe wird unterbrochen durch jeden Act der Strafvollstreckung, und die Verjährung beginnt ihren Lauf von neuem, wenn die Vollstreckung unterbrochen wird.

Die vorgetragene Ansicht über die Wirkung der Unterbrechung einer Verjährungsfrist ist die fast allgemein herrschende; gleichwohl bleibt es sehr fraglich, ob sie einer rationellen

---

[1]) Sogenannte **dauernde** Verbrechen verjähren natürlich erst von dem Zeitpunkt an, in welchem der dauernde, durch verbrecherische Thätigkeit aufrechterhaltene Zustand, z. B. der Zustand der Unfreiheit eines Gefangengehaltenen, aufhört.

Begründung fähig ist. Die wundenheilende, menschenumwandelnde Zeit wirkt ununterbrochen fort, und wenn man auch die Zeit, während welcher die Untersuchung, beziehungsweise Strafvollstreckung u. s. w. dauerte, nicht wohl in die Verjährungszeit einrechnen kann, so wäre es doch mehr im Einklang mit dem Wesen der Sache, nach der Unterbrechung die Verjährung ihren Lauf so fortsetzen zu lassen, als wenn die Unterbrechung nicht stattgefunden hätte, so daß also die Verjährung während der Unterbrechung nur als ruhend betrachtet würde. —

Neben dem Zeitablauf finden sich in mehreren Gesetzbüchern noch verschiedene andere Bedingungen für die Verjährung aufgestellt, so die, daß der Verbrecher sich während der Verjährungszeit nicht aus dem Inland geflüchtet haben, daß er nach Kräften vollen Schadenersatz geleistet und von dem Verbrechen keinen Nutzen mehr in den Händen haben, ferner daß er während der Verjährungszeit kein neues Verbrechen mehr begangen haben dürfe. Nur die letzterwähnte Bedingung hat einen inneren Grund für sich, insofern aus dem Begehen eines neuen Verbrechens darauf zu schließen ist, daß jene innere Umwandlung in dem Verbrecher nicht vor sich gegangen ist, welche wir als den Hauptgrund für die Verjährung aufgeführt haben. Allerdings wird man indessen dabei auf die Art und Größe des neu begangenen Verbrechens sehen müssen, da aus der Verübung eines sehr geringfügigen oder von dem früheren der Art nach ganz verschiedenen Delictes kein Schluß in jener bezeichneten Weise möglich ist. Am besten wird es sein, nur das Begehen gleichartiger Delicte als Unterbrechungsgrund hervorzuheben.

Aus den Erwägungen, welche für die Aufstellung der Verjährung als Strafausschließungsgrund sprechen, ergibt sich auch die Forderung, daß man den nahezu vollständig erfolgten Ablauf der Verjährungszeit als einen Strafmilderungsgrund gelten lasse. Thut man dies nicht, so führt man überdies die öffentliche Meinung auf die Vermuthung daß bei der Bestimmung der Verjährungsfrist die bloße Willkür walte (und eine gewisse Willkürlichkeit ist ja bei allen derartigen ziffermäßigen Bestimmungen nicht zu vermeiden). Es muß in der That ungereimt erscheinen, wenn den Verbrecher die volle Strafe trifft, weil er wenige Tage vor dem Ablauf der Verjährungszeit entdeckt wurde, so daß ein Unterschied von wenigen Tagen, ja Stunden, den Sprung von der gesetzlichen Bestrafung zur Straflosigkeit begründete.

Daß man die Verjährung von Amts wegen zu berücksichtigen hat und auf ihre Wohlthaten nicht vom Verbrecher verzichtet werden kann, versteht sich von selbst, da es sich um kein Privatrecht des Uebelthäters, sondern um die Pflicht des Staates, Gerechtigkeit zu üben, handelt.

Zu 3. Auch das Begnadigungsrecht hat man öfter, sowie die Verjährung, als ein auf Willkür beruhendes positiv-rechtliches Institut angefochten, verleitet einerseits durch die nicht selten allerdings unbegründete und launenhafte Ausübung jenes Rechts und andererseits durch eine unrichtige Gegenüberstellung der Begriffe von Recht und Gnade.

Nicht selten nämlich meint man, die Gnade walte unter gewissen Voraussetzungen an der Stelle des Rechts, aus s. g. Billigkeitsrücksichten, als Ausdruck der Menschlichkeit oder zum Zweck der Förderung irgend welcher staatlicher Interessen. Faßt man die Begnadigung in dieser Weise auf, so ergibt sich allerdings ihre Verwerflichkeit, weil sie so unvereinbar mit der Gerechtigkeit wäre. Soll sie eine Stelle in der Rechtsordnung des Staates einnehmen, so muß sich nachweisen lassen, daß sie im Dienste der Gerechtigkeit stehe. Die Begnadigung ist allerdings ein Souveränetätsrecht, es lassen sich also nicht Regeln für dieselbe aufstellen, welche den Souverän zwingend verpflichten könnten, zumal sich die Umstände, welche dabei in Frage kommen, überhaupt einer genügenden allgemeinen Formulirung entziehen. Nichtsdestoweniger kann aber die Wissenschaft die

Gesichtspunkte feststellen, aus welchen das Begnadigungsrecht ausgeübt werden dürfe und solle, damit es im Einklange stehe mit dem Princip der ausgleichenden Gerechtigkeit.

Betrachtet man die Fälle der Anwendung jenes Rechts näher, so sondern sie sich in zwei Gruppen. In der einen stehen jene Fälle, in welchen sich das Strafgesetz zu hart oder zu mild erweist. Im allgemeinen könnte man nun von einem idealen Standpunkt aus dem Souverän (wenn er ohne Fehl und Gebrechen wäre!) die Function zutheilen, hier das Gesetz in der entsprechenden Richtung zu corrigiren, also nicht blos die der wirklichen Verschuldung entsprechende geringere Strafe oder gänzliche Straflosigkeit auszusprechen, sondern auch eine strengere als die gesetzliche Strafe zu verhängen, wenn diese im concreten Fall durch zu große Milde die gerechte Ausgleichung nicht verwirklicht. Indeß muß im Hinblick auf die menschliche Fehlbarkeit der Satz: „keine Strafe ohne Strafgesetz" auch hier wieder geltend gemacht werden, sonst könnte Fürstenlaune und Cabinetsjustiz an die Stelle des Richterspruchs treten und darum ist das Strafschärfungsrecht dem Souverän nicht zuzuerkennen, obwohl es ein begriffliches Correlat zum Begnadigungsrecht ist. In den Fällen also, welche wir hier vor Augen haben, ist es die Aufgabe der Gnade, gegenüber einem in concreto ungerechten Gesetz die Gerechtigkeit zu wahren und dem vor dem Gesetz Schuldigen das zuzutheilen, was ihm seinem Verschulden nach wirklich gebührt.

Eine andere Gruppe von Fällen ist diejenige, in welchen Gnade geübt wird gegen solche Verbrechen, welchen gegenüber das Gesetz nicht als zu strenge, sonach als durchaus gerecht erscheint, und zwar, wie man zu sagen pflegt, weil dies höhere Rücksichten auf das Wohl des Staatsganzen fordern. Diese Rücksichten können aber in der That nur dann ein genügender Grund für die Begnadigung sein, wenn sie selbst sich auf dem Standpunkt der ausgleichenden Gerechtigkeit rechtfertigen lassen. Nun muß man wohl bedenken, daß der Idee der Gerechtigkeit (Vergeltung) entsprechend Strafe nur gefordert wird als eine Ausgleichung bestehender Uebel, daß es also jener Idee zuwiderläuft, eine Strafe zu vollziehen, welche nicht zur Ausgleichung, sondern zur Erhöhung des Uebels, zur Hervorrufung neuer Uebel führen würde. Hierin allein und unter der Voraussetzung, daß die Sache so liegt, ist jene Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl begründet. Die Sache muß also so gestaltet sein, daß das Unbestraftbleiben eines allerdings strafbaren Verbrechers (oder mehrerer solcher) als das kleinere Uebel gegenüber jenen Uebeln erscheint, welche die Bestrafung für den Staat nach sich ziehen würde. Es läßt sich rechtfertigen, ja es ist geradezu geboten, die Strafe zu erlassen, wenn es in dem angegebenen Sinne eine noch größere Verletzung der ausgleichenden Gerechtigkeit wäre, sie zu vollziehen. Nicht aber kann etwa umgekehrt behauptet werden, daß man über einen Schuldlosen oder minder Schuldigen eine von ihm nicht verdiente Strafe verhängen dürfe, wenn dies zur Verhütung größerer Uebel geboten sei. Denn es gibt keine Nothwendigkeit, welche es entschuldbar machte, über einen Unschuldigen wissentlich eine Strafe zu verhängen, was überhaupt nicht mehr strafen, sondern ein Verbrechen begehen hieße.

Das Begnadigungsrecht ist ein Souveränetätsrecht. In Republiken kommt es der souveränen Körperschaft zu, welche an der Spitze des Staates steht, und hat eben deshalb hier seine besonderen Schwierigkeiten, da geringe Majoritäten bei der Abstimmung, namentlich wenn es sich um Begnadigung eines zum Tode Verurtheilten handelt, nur zu leicht den Eindruck der Willkür und Zufälligkeit erzeugen. Zur Prüfung des dem Souverän vorzulegenden Begnadigungsgesuches hat man nicht ohne Grund die Einsetzung eines Collegiums von Criminalisten, Psychologen und Geistlichen verlangt; noch besser wäre es, wenn man auch die vierte Facultät durch Aerzte vertreten ließe.

Die Begnadigung kann entweder eine solche sein, welche sich auf einen einzelnen bestimmten Fall bezieht, oder sie ist eine allgemeine, ganze Classen von Fällen oder Personen betreffende. Die letztere nennt man Amnestie (abolitio generalis). Die erstere ist wieder entweder eine Abolition im engeren Sinne, wenn sie als Niederschlagung des Processes auftritt, oder eine eigentliche Begnadigung (welche wieder entweder eine volle oder theilweise ist, da sie in dem gänzlichen oder theilweisen Erlaß der zuerkannten Strafe besteht). Die letztere kann auch ertheilt werden nach bereits theilweise erfolgter Vollstreckung der Strafe durch Erlaß des Strafrestes oder (als restitutio ex capite gratiae) durch Erlaß der mit der Strafe verbundenen nachtheiligen Folgen. Die Amnestie kann sowohl Abolitionen als eigentliche Begnadigungen und insbesondere Restitutionen in sich begreifen. Bei ihr sind namentlich jene Rücksichten auf das Wohl des Staatsganzen maßgebend, welche wir oben aus dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit gewürdigt haben. Die Niederschlagung des Processes ist in mehreren Verfassungsurkunden mit Recht als unstatthaft erklärt, da sie dem bereits in Untersuchung Gezogenen das Recht entzieht, seine Unschuld zu constatiren und dieselbe durch den Richterspruch anerkannt zu sehen.

Das Begnadigungsrecht bedarf übrigens auch noch anderer Beschränkung. So soll es in der Regel nicht ausgeübt werden bei jenen s. g. Antragsdelicten im engeren Sinne, bei welchem die Anklage und der Verzicht auf dieselbe ganz in das Belieben des Verletzten gestellt ist, dessen Recht also geschädigt würde wenn eine Abolition oder eine vollständige Begnadigung erfolgte. Ferner ist auch das gewöhnliche Vorgehen bei den aus Gnade eintretenden Strafumwandlungen nicht zu billigen. Die Strafen sind bei der höchst verschiedenen subjectiven Empfindlichkeit für dieselben bei weitem nicht in dem Maße nach ihrer größeren und geringeren Schwere gegen einander abzuwägen, als man gewöhnlich annimmt. Darum soll auch keine Begnadigung durch Umwandlung der gesetzlichen Strafart in eine andere (die bloße Abkürzung oder Minderung ist natürlich unbedenklich) erfolgen ohne Zustimmung des zu „Begnadigenden" über welchen man sonst vielleicht unter dem Namen der Gnade eine Verschärfung verhängen würde. Natürlich aber wird man nach jener Zustimmung nicht zu fragen haben bei der Umwandlung der Todesstrafe in eine andere Strafe, da die Todesstrafe, wo es nur immer geht, vermieden werden muß — und ebenso nicht bei der bloßen Umwandlung der entehrenden Freiheitsstrafe in eine nicht entehrende. Endlich wird in jenen Staaten, welche das Institut der Ministerverantwortlichkeit kennen, die Begnadigung der Minister insoweit auszuschließen sein, als sie mit jener Verantwortlichkeit nicht vereinbar ist.

Der Begnadigte kann, da das Begnadigungsrecht ebenso wie das Institut der Verjährung aus der Pflicht des Staates, Gerechtigkeit zu üben, entspringt, nicht auf die Gnade verzichten. Diesen Satz wird man selbst, wo die Abolition im allgemeinen nicht zulässig ist, auf jene Abolitionen anwenden müssen, welche in einer erlassenen Amnestie mit inbegriffen sind, da, wenn es sich darum handelt, um des staatlichen Friedens willen durch eine Amnestie vergangene Ausschreitungen und Kämpfe mit dem Schleier der Vergessenheit zu bedecken, dies vereitelt werden würde durch eine Sonderung der verschiedenen Fälle und die Gestattung eines Aufsehen erregenden Strafprocesses.

Zu 4. Die Verzeihung der durch das Verbrechen verletzten Privatperson kann in der Regel nur als ein für die Strafzumessung einflußreicher Umstand betrachtet werden. Nur bei jenen Delicten, in welchen das Privatinteresse mehr hervortritt, wird jene Verzeihung größere Berücksichtigung verdienen. Die s. g. Antragsdelicte, welche hierbei in Betracht kommen, zerfallen aber in zwei Klassen, deren jede einer zum Theil verschiedenen Behandlung bedarf. Alle diese Delicte haben allerdings das gemeinsam, daß ohne das Be=

gehren (den Antrag) der verletzten Person kein Strafverfahren eingeleitet werden kann. Sie scheiden sich aber weiter in solche, bei welchen das Privatinteresse durchaus überwiegend ist, wie z. B. Ehrenverletzungen, Ehebruch, einfache Diebstähle, Unterschlagungen u. s. w., welche im Kreise der Familie begangen werden, und in solche, bei welchen zwar aus Rücksicht auf die Ehre der Verletzten ohne deren Begehren nicht zum Strafverfahren geschritten wird, indeß an sich auch das öffentliche Interesse und der sittliche Bestand des Gemeinwesens in hohem Grade an der Bestrafung betheiligt ist, so z. B. bei der Entführung und der Nothzucht, soweit sie Antragsdelicte sind. Rücksichtlich der Verbrechen der ersten Kategorie wird man die Verzeihung der Privatperson auch noch nach erhobener Anklage während des Processes, so lange noch kein Urtheil gefällt ist, als Strafausschließungsgrund anerkennen, bei den Fällen der zweiten Art aber ist kein Grund mehr vorhanden, von der allgemeinen Regel, daß die Privatverzeihung nur als ein Strafminderungsgrund gilt, abzuweichen, sobald einmal der Antrag auf Bestrafung gestellt, also die Publicität der Sache von dem Verletzten nicht gescheut wird.

Die Frist, binnen welcher der Antrag auf Bestrafung gestellt werden muß, pflegt eine ziemlich kurze zu sein (höchstens sechs Monate); die Verjährungsfrist läuft von ihr unabhängig.

Dem Wesen der Strafgerechtigkeit entspricht es allerdings am meisten, wenn der Strafantrag als untheilbar erklärt wird, d. h. wenn er stets die Bestrafung aller Theilnehmer am Delict nach sich zieht, sollte auch der Antragsteller nur die Bestrafung des einen oder anderen bezwecken. Ebenso wäre an sich die Untheilbarkeit des Verzichts zu billigen. Gleichwohl sprechen für die von manchen Gesetzbüchern gestattete Theilbarkeit gewichtige Gründe, da die Durchführung des Princips der Untheilbarkeit auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt und bezugs gewisser Delicte nicht im Einklang steht mit der Wahrung und Festigung der Familien- und namentlich der ehelichen Bande.[1])

II. Besonderer Theil.

Da dieser von dem besonderen Thatbestand der verschiedenen Verbrechensarten und ihrer Bestrafung handelt, so muß sich diese encyclopädische Uebersicht beschränken auf eine Anführung und Würdigung der verschiedenen Versuche, die Verbrechen einzutheilen und auf eine ganz allgemeine Charakterisirung der Verbrechensarten, während alle Einzelheiten den betreffenden Artikeln vorbehalten bleiben müssen.

Mehrere Eintheilungen der strafbaren Handlungen wurden schon im allgemeinen Theil erwähnt und können nicht zu einer Grundlage für das System des besondern Theiles dienen. So die Eintheilung in dolose und culpose Delicte, über welche noch weiter unten eine Bemerkung zu machen ist, die in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, in vollendete und versuchte Delicte. Eine gewisse Bedeutung namentlich für die Lehre vom Rechtsirrthum und für das internationale Strafrecht hat die Eintheilung in solche Verbrechen, welche schon an sich strafwürdig sind (delicta juris naturalis) und in solche, welche blos durch das positive Recht verpönt, eigentlich den

[1]) Wenn manche Gesetze, wie namentlich in großem Umfang das österreichische, die volle Wiedergutmachung des Schadens bei manchen Verbrechen als Strafausschließungsgrund gelten lassen, so ist das eine Degradirung der verbrecherischen Schuld zu einer civilrechtlichen Verbindlichkeit.

Charakter einer Uebelthat gar nicht an sich tragen (delicta juris civilis). Für den besondern Theil kann man sie nicht verwerthen, da die letzteren nur eine seltene Ausnahme bilden. — Die Eintheilung in delicta ecclesiastica, secularia und mixti fori hat nur einen historischen Werth, ebenso wie die in eine schwerere Gattung von Verbrechen, die Friedensbrüche, Ungerichte, peinliche Fälle genannt werden, im Gegensatz zu geringeren Delicten, die den Namen Rechtsbrüche, Frevel, Ueberfahrungen, bürgerliche Fälle führen, oder auch die Unterscheidung von delicta atrocissima, atrocia und leviora.

Im römischen Recht unterschied man crimina publica, bezugs welcher öffentliche Strafe eintrat, von den delicta privata, welche blos eine Privatstrafe (Geldbuße an den Verletzten) nach sich zogen. Eine andere Bedeutung hat die in neuerer Zeit gemachte, mehreren Gesetzbüchern zu Grunde liegende Eintheilung in öffentliche und Privatverbrechen. Erstere richten sich unmittelbar gegen den Staat, letztere gegen Privatpersonen und deren Güter. Diese Eintheilung bedarf einer gewissen Correctur, worauf wir noch zurückkommen.

Man unterscheidet ferner delicta communia und propria, gemeine und Standesverbrechen, welche letztere nur von Angehörigen gewisser Stände, z. B. Geistlichen, Beamten begangen werden können. Eine solche Sonderung hat ihren Grund, aber die gemeinen Verbrechen bedürfen jedenfalls noch einer weiteren Eintheilung.

Mehrere Schriftsteller haben einfache, materielle oder determinirte von alternativen, formellen oder vagen Verbrechen unterscheiden wollen, je nachdem die Handlung sich auf Verletzung eines bestimmten Rechtes richtet, oder der Gegenstand der Verletzung bald dieser, bald ein anderer sein kann. Allein da jedes Verbrechen eine bestimmte Verletzung enthalten muß, ist die Eintheilung nicht brauchbar.

Die Eintheilung in Verbrechen und Polizeiübertretungen ist wohl begründet, aber da die letzteren in einem Polizeistrafgesetzbuch zu normiren sind, nicht für die Strafgesetzbücher im engeren Sinne zu verwerthen.

Die Eintheilung in Verbrechen gegen angeborene und solche gegen erworbene Rechte ist willkürlich, da es gar keine angeborenen Rechte gibt.

Nach dem Vorgang des französischen Rechts, welches crimes, délits und contraventions unterscheidet, findet man im preußischen und bairischen Gesetzbuch eine Eintheilung in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, eine ähnliche im österreichischen, während manche Gesetzbücher blos Verbrechen und Vergehen unterscheiden. Letztere stimmen eigentlich mit dem preußischen Recht überein, insofern sie die Polizeiübertretungen noch als eine dritte Klasse (die in anderen Landesgesetzen normirt sind) unterscheiden. Das österreichische Gesetzbuch wirft in seinem 2. Theil von Vergehen und Uebertretungen unterschiedslos geringere Verbrechen und Polizeiübertretungen zusammen. Die Dreitheilung hat man hauptsächlich zu processualischen Zwecken gemacht, obwohl sie dazu nicht nöthig ist. Insoweit die Uebertretungen als polizeilicher Natur ausgeschieden und in eine besondere Klasse zusammengestellt werden, ist nichts dagegen zu bemerken. Dagegen ist die Eintheilung der eigentlich criminellen Handlungen in Verbrechen und Vergehen willkürlich und unhaltbar.[1])

Etwaige rationelle Eintheilungsgründe für diese Unterscheidung könnten sein:

1) Der Umstand, ob eine Handlung dolos oder culpos begangen ist. Allein die culposen Verbrechen bilden nur eine seltene Ausnahme und manche von ihnen sind sogar

---

[1]) Am weitesten treibt die verkehrte Eintheilung das bairische Gesetzbuch, welches, wie gesagt, eine Dreitheilung hat, obwohl daneben noch die meisten Polizeiübertretungen in einem Polizeistrafgesetzbuch Aufnahme fanden.

höher strafbar als manche dolose Verbrechen (z. B. culpose Tödtung ist gewiß mit höherer Strafe zu belegen, als die Ehrenbeleidigung).

2) Die Berücksichtigung der Objecte, gegen welche sich die Handlung richtet. Allein wenn auch z. B. das Leben gewiß ein wichtigeres Object als das Eigenthum ist, so wird doch der Diebstahl unter die Verbrechen einzureihen sein, dagegen die Injurie, die das so hoch stehende Gut der Ehre antastet, nur ein Vergehen bilden müßte.

3) Der Unterschied, ob die Handlung aus entehrender Gesinnung hervorging oder nicht, ist allerdings ein höchst wichtiger für die Frage, ob Ehrenstrafen zu verhängen seien oder nicht (siehe oben). Aber zu einer Eintheilung in Verbrechen und Vergehen kann er nicht verwendet werden, da unter den nicht entehrenden Handlungen manche von hoher Strafbarkeit sich befinden, die man unmöglich Vergehen nennen kann (z. B. Hochverrath) und umgekehrt entehrende Handlungen sehr geringfügiger Art vorkommen (z. B. geringere Eigenthumsverletzungen). Ueberdies ist die Grenzlinie zwischen beiderlei Handlungen in abstracto nicht sicher zu ziehen, wovon schon früher die Rede war.

Man sieht sich demnach genöthigt, auf einer willkürlichen Grundlage die Scheidung von Verbrechen und Vergehen durchzuführen. Dies muß als ein schweres Unrecht gegen diejenigen erklärt werden, welche man nun eben aus bloßer Willkür als „Verbrecher im engeren Sinne" behandelt. Ein derartiges willkürliches Vorgehen kann nicht anders, als das sittliche Bewußtsein des Volkes entweder verletzen und sonach Mißtrauen gegen Gesetzgebung und Rechtspflege hervorrufen, oder — was noch schlimmer ist — dieses Bewußtsein verfälschen und zu einer unrichtigen Werthschätzung der verbrecherischen Schuld verführen. —

Will man zu einer dem besonderen Theil des Strafrechts zu Grunde zu legenden Eintheilung der strafbaren Handlungen kommen, so wird man zu berücksichtigen haben, daß das Verbrechen sich charakterisirt als eine Uebelthat, mithin als eine Verletzung von menschlichen G ü t e r n. Darum wird man die Eintheilung zu machen haben auf Grundlage einer Eintheilung der Angriffs o b j e c t e, der Güter, welche durch das Verbrechen verletzt werden.

Mit Rücksicht darauf ferner, daß die Menschen in mannichfachen Gemeinschaften (Gesellungen) zusammen leben und nicht blos als Staatsbürger oder Privatpersonen in Betracht kommen, wird sich folgendes Schema ergeben:

I. Verbrechen gegen die Güter des Einzelnen.

1) Verbrechen gegen das L e b e n. Hierher gehört: Die absichtliche und die fahrlässige Tödtung, die Aussetzung von Kindern oder anderen hülflosen Personen und die Abtreibung der Leibesfrucht. Die absichtliche Tödtung zerfällt wieder in die mit besonnener Ueberlegung ausgeführte (M o r d) und in jene Tödtung, bei welcher die Absicht aus einem Affect entsprungen ist (T o d t s ch l a g).

2) Verbrechen gegen die l e i b l i ch e U n v e r s e h r t h e i t (Körperintegrität). Hierher gehören die absichtlichen und fahrlässigen Körperverletzungen, unter welchen nicht selten den Verletzungen durch Gift eine ausgezeichnete Stelle angewiesen wird.

3) Verbrechen gegen die Z ü ch t i g k e i t, wie Kuppelei, unfreiwillige Schwächung, Nothzucht (und widernatürliche Unzucht, soweit diese bestraft wird).

4) Verbrechen gegen die E h r e, welche hauptsächlich zerfallen in Verleumdung und Beleidigung (oder Beschimpfung).

5) Verbrechen gegen die persönliche F r e i h e i t. Hauptsächlich rechnet man hierher: die Gefangenhaltung, die Behandlung eines Menschen als Sclaven, den Menschenraub, die Entführung, die Nöthigung und die gefährliche Drohung. Gewöhnlich wird auch der Hausfriedensbruch hierher gestellt.

6) Verbrechen gegen das Vermögen, wohin namentlich Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue und Sachbeschädigung, außerdem Erpressung und Raub gerechnet werden (die letzten beiden könnte man fast ebenso gut in die vorhergehende Gruppe stellen).

II. Verbrechen gegen die Gemeingüter der menschlichen Gesellungen (mit Ausnahme des Staates).

1) Verbrechen gegen die Familie, wie Ehebruch, Doppelehe, Blutschande und Verbrechen gegen den Familienstand.

2) Verbrechen, welche sich auf die Religion beziehen, wohin Religionsstörung und Entweihung von Leichen und Gräbern gehört.

3) Friedensstörungen, wie Landzwang und Landfriedensbruch.

4) Verletzungen von Treu und Glauben im Verkehrsleben, unter welche gewöhnlich Fälschungen, namentlich Fälschungen von Maß und Gewicht, von Urkunden, öffentlichen Creditpapieren und Münzen gestellt werden (letztere als Delict gegen die Münzhoheit aufzufassen, ist eine formalistische Einseitigkeit).

5) Kann man hier die precäre Rubrik der s. g. gemeingefährlichen Verbrechen anreihen, welche eigentlich nur qualificirte Verletzungen des Vermögens oder des Lebens und der leiblichen Unversehrtheit sind. Man rechnet dazu die Brandstiftung, die Verursachung von Explosionen und Ueberschwemmungen, Beschädigung von Eisenbahnen, Telegraphen, Brücken, Vergiftung von Brunnen, Viehweiden u. dgl. Diese Delicte werden in der Regel auch dann bestraft, wenn ihnen blos Fahrlässigkeit zu Grunde liegt.

III. Verbrechen gegen den Staat.

1) Verbrechen gegen den Bestand des Staates, nämlich Hoch- und Landes- oder Staatsverrath.

2) Verbrechen gegen das Staatsoberhaupt (Majestätsbeleidigung) und gegen die Volksvertretung.

3) Verbrechen gegen die Staatsverwaltung, als: a) Gegen die Rechtspflege: Meineid, falsche Angebung, Nichtanzeige von Verbrechen, Selbstbefreiung, unbefugte Rückkehr des Verwiesenen, Selbsthülfe, Zweikampf. Hierher kann man auch die Begünstigung eines Verbrechers stellen. b) Gegen die Polizeigewalt: Widersetzlichkeit, namentlich Auflauf und Aufruhr. c) Gegen die Militärhoheit: Anwerbung für fremden Militärdienst, Verleitung zur Desertion und solche Handlungen, durch welche man sich widerrechtlich der Militärpflicht entzieht.

4) Verbrechen der Beamten, namentlich Mißbrauch der Amtsgewalt, Amtserpressung, Veruntreuung im Amt, Beugung des Rechts, Verbrechen der Anwalte u. s. w. Diesen Delicten schließen sich zunächst an die widerrechtliche Erlangung oder Verleihung eines Amtes und die Bestechung.

Anhangsweise haben wir noch summarisch auf die **Literatur des deutschen Strafrechts** zu verweisen. Kappler's Handbuch der Literatur des Criminalrechts und dessen philosophischer und medicinischer Hülfswissenschaften, 1838, gibt eine fast vollständige Uebersicht der seit dem Jahre 1800 erschienenen Schriften, von der älteren Literatur nur das Bedeutendste. Weitere Nachweise findet man namentlich reichhaltig bis zum Jahre 1847 in der 14. von Mittermaier besorgten Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts. Ueber die spätere Literatur des allgemeinen Theils siehe Köstlin. System des deutschen Strafrechts, 1855, und Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Band, 1862 (im 1. Band, der 1861 erschien, reichhaltige Nachweise über die Literatur der Geschichte des Strafrechts). Ueber die neueste Literatur kritische Uebersichten in verschiedenen Zeitschriften, wie im Gerichtssaal, in Schletter's Jahrbüchern der Rechtswissenschaft und namentlich alljährlich in der deutschen Strafrechtszeitung, herausgegeben von von Holtzendorff.

Außerdem heben wir noch hervor:

1) Betreffs der Geschichte des Strafrechts: Rein, Das Criminalrecht der Römer, 1844. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band. Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842. Osenbrüggen, Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter, 1860. Der-

selbe, Das Strafrecht der Langobarden, 1863. John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher, I 1858. Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867.

2) Von älteren gemeinrechtlichen Schriften: Bened. Carpzov, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, III. Partt., zuerst 1635 oder 1638, zuletzt gedruckt 1758. J. P. Kress, Commentatio succincta in constit. crim. Caroli V, 1721, zuletzt 1786, J. S. F. de Boehmer, Elementa jurisprudentiae criminalis, 1733, zuletzt 1774. Derselbe, Observationes selectae ad Bened. Carpzovii pract. novam, 1759.

3) Von neueren Lehr- und Handbüchern des gemeinen Rechts (außer den schon früher genannten Werken von Feuerbach, Köstlin und Geib): Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, 2 Bände, 1825, 1826. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836. Henke, Handbuch des Criminalrechts, 4 Bände, 1823—39. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 6. Auflage, 1857. Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, 3. Auflage, 1856. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Auflage, 1867.

4) Von Abhandlungen über die Lehren des allgemeinen Theils: Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843. Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856. Geyer, Die Lehre von der Nothwehr, 1857. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I 1858, II 1862. Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, I 1857. Merkel, Criminalistische Abhandlungen I 1867. Geßler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus, 1860. Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2 Bände, 1836, 1839. Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1847. von Buri, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860. Mittermaier, Die Todesstrafe u. s. w., 1862. Derselbe, Der gegenwärtige Zustand der Gefängnißfrage, 1860. von Holtzendorff, Das irische Gefängnißwesen, 1859. Derselbe, kritische Untersuchungen über die Grundsätze des irischen Strafvollzugs, 1865. Wahlberg, Die Ehrenfolgen der strafgerichtlichen Verurtheilung, 1864. Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, 1853. von Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1862. Reinhold Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, 1863. Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, 2. Auflage, 1858. Schwarze, Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrechte, 1867. Lueder, Das Souveränetätsrecht der Begnadigung, 1860.

Ueber die particularrechtliche Literatur gibt Auskunft Berner in dem oben erwähnten Werk: Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867. Ebenda Seite 75 ff. eine Uebersicht über die Literatur des Code pénal.

Die sehr beachtenswerthe neuere italienische Literatur behandelt Pessina dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX, Firenze, 1868, in belehrender Weise.

3.

Der Proceß

(Civilproceß und Strafproceß).

Von

Prof. Dr. Richard Ed. John
in Göttingen.

Einleitung.

Vorbemerkungen über das Wesen und die geschichtliche Entwickelung des Processes.

Rechtsansprüche werden oft genug befriedigt, lediglich dadurch, daß derjenige, welcher einer Rechtspflicht nachzukommen hat, derselben genügt und damit denjenigen Rechtsanspruch erfüllt, welcher der ihm obliegenden Rechtspflicht entspricht. Wenn beispielsweise der Schuldner das erhaltene Darlehn dem Gläubiger an dem verabredeten Tage zurückbezahlt, so wird der Rechtsanspruch, welchen der Gläubiger dem Schuldner gegenüber durch Gewährung des Darlehns erlangt hat, befriedigt, indem der Schuldner der ihm obliegenden Rechtspflicht durch Zurückzahlung des Darlehns nachkommt.

Wenn in dieser Weise Rechtsansprüche befriedigt werden, so kommt es zu keinem Proceß. Gläubiger und Schuldner sind über den Inhalt der Forderung einig, der Schuldner will seiner Verpflichtung nachkommen, und sein Handeln entspricht seinem Wollen.

Möglich wäre es auch, daß Gläubiger und Schuldner über den Umfang der dem letzteren obliegenden Leistung verschiedener Ansicht wären, — Schuldner bestreitet, dem Gläubiger überhaupt etwas schuldig zu sein, oder er behauptet wenigstens den geringeren Betrag seiner Schuld — aber diese Meinungsverschiedenheit wird durch einen Vergleich beigelegt, der Vergleich vielleicht notariell oder gerichtlich confirmirt. Der entstandene Vergleich läßt es zu einem Processe nicht kommen.

Auch könnte der Fall eintreten, daß der Gläubiger dem widerwilligen Schuldner eigenmächtig dasjenige fortnimmt, was dieser ihm zu leisten verpflichtet ist. Ein solches Vorgehen mag nicht in der Ordnung sein; es mag dasselbe nach den Bestimmungen des römischen Rechts mit dem Verlust der Forderung und selbst mit weitergehenden Nachtheilen bedroht sein; es mögen die deutschen Gesetze — Reichsgesetze und neuere Particulargesetze, unter denen sich übrigens beispielsweise das preußische Strafgesetz nicht befindet — ein solches eigenmächtiges Vorgehen schon um der bloßen Eigenmächtigkeit willen selbst mit Strafe bedrohen; die Möglichkeit des Processes ist ausgeschlossen, sobald auf dem Wege der Eigenmacht ein Rechtsanspruch realisirt wird.

Soll ein Proceß entstehen, so ist hierzu Voraussetzung, daß der Zwang gegen den widerwilligen Schuldner, oder überhaupt gegen denjenigen, welcher einer ihm obliegenden Rechtspflicht nicht genügen will, von einer zu diesem Zwecke eingesetzten staatlichen Behörde geltend gemacht wird. Erzwungen darf aber nicht werden, was derjenige, der einen Rechtsanspruch zu haben vermeinte, erzwungen wissen will; sondern nur dasjenige darf erzwungen werden, was die von dem Staate eingesetzten Gerichte als wirklich vorhandenen Rechtsanspruch endgültig festgestellt haben. Die Entscheidung darüber, welch' einen Rechtsanspruch Jemand zu erheben befugt ist, erfolgt in dem rechtskräftigen Erkenntnisse.

Der Proceß beginnt mit der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtsanspruches und er endigt mit dem rechtskräftigen Erkenntnisse. Auch die Vollstreckung des rechtskräf-

tigen Erkenntnisses, die Execution, kann den Gerichten übertragen sein; und so betrachtet man auch die Execution als einen Theil des Processes. Aber abgesehen davon, daß selbst die im Civilprocesse erstrittenen rechtskräftigen Erkenntnisse keineswegs überall durch die Gerichte selbst vollstreckt werden — es geschieht dies nicht im französischen Recht, welchem hierin beispielsweise die hannöverische Proceß-Ordnung gefolgt ist — daß ferner in anderen Proceßarten die Execution in keiner Weise als Bestandtheil des Processes aufgefaßt werden kann — z. B. die Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Freiheitsstrafe —; wenn man die Execution als einen Theil des Processes auffaßt, so wird man dabei jedenfalls festhalten müssen, daß es begrifflich etwas anderes ist, einen Rechtsstreit zu entscheiden, und etwas anderes, den Inhalt der Entscheidung zu realisiren. Auch wird Niemand behaupten mögen, es sei dann, wenn beispielsweise der verurtheilte Schuldner in Folge des ihn verurtheilenden Erkenntnisses zahlt, ohne die Execution abzuwarten, ein unvollständiger Proceß geführt worden. Der Proceß ist auch in diesem Falle zu Ende geführt; und nur, wenn der Proceß vor dem Zustandekommen des rechtskräftigen Erkenntnisses abgebrochen wäre, würde man sagen dürfen, es sei der Proceß unvollständig, d. h. nicht bis zu Ende geführt.

Die Geltendmachung eines Rechtsanspruches vor dem zuständigen Gericht ist die erste Proceßhandlung — die Handlung einer Partei — das Erkenntniß, welches rechtskräftig über den geltend gemachten Rechtsanspruch entscheidet, ist die letzte Proceßhandlung — die Handlung des Richters. Zwischen dieser ersten und dieser letzten Proceßhandlung liegen nun noch andere Handlungen, theils des Gerichtes, theils der Parteien; und die Summe aller dieser, theils von den Parteien, theils von dem Gerichte behufs der Herbeiführung des rechtskräftigen Erkenntnisses vorgenommenen Handlungen ist das Proceßverfahren.

In welcher Weise die einzelnen Proceßhandlungen, in welcher Weise demnach das gesammte Proceßverfahren geregelt ist, das bestimmt sich wesentlich nach der Art und Beschaffenheit des geltend gemachten Rechtsanspruches.

An sich kann jeder bestrittene Rechtsanspruch Veranlassung zu einem Processe geben, und ist der Begriff des Processes keineswegs auf die beiden am häufigsten vorkommenden Arten desselben, den Civilproceß und den Strafproceß beschränkt. So werden, um anderes zu übergehen, beispielsweise durch richterliche Erkenntnisse Ehen geschieden oder für nichtig erklärt — eherechtliche Verhältnisse geben mithin Veranlassung zu Processen — es gibt Staaten (z. B. Würtemberg, Sachsen), in denen Verfassungsstreitigkeiten, welche zwischen den Kammern und der Regierung entstehen, durch den Ausspruch eines Staatsgerichtshofes entschieden werden; zur Zeit des Deutschen Bundes war die Bundesausträgal-Instanz dazu bestimmt, Streitigkeiten zwischen den einzelnen zum Bunde gehörenden Staaten zu entscheiden — es führten und führen somit auch staatsrechtliche Verhältnisse zu Processen. Nur solche Rechtsansprüche, zu deren Entscheidung, falls sie streitig geworden wären, ein von einer Staatsgewalt — gleichviel ob eines Einzelstaates oder eines Bundesstaates — eingesetzter Gerichtshof nicht existirt, werden zu Processen nicht führen können. Aus diesem Grunde läßt das Völkerrecht zwar Rechtsansprüche der einzelnen souveränen Staaten gegeneinander entstehen; aber einen Proceß, in welchem über völkerrechtliche Ansprüche verhandelt und entschieden würde, den gibt es nicht.

Wenn nun auch Rechtsansprüche sehr verschiedener Art zu Processen führen, so ist die Art der Proceßführung doch nicht überall eine gleiche, sondern, wie schon erwähnt, verschiedenartig gestaltet, entsprechend der juristischen Natur des in dem Processe zur Geltung gebrachten Rechtsanspruches. In diesem Umstande liegt ein vorzugsweiser Grund für das wissenschaftliche Interesse und die wissenschaftliche Befriedigung, welche das Proceßrecht gewährt. Manche von den Vorschriften und Regeln, welche bei Führung eines Processes zu

beobachten sind, werden zwar den Charakter der Zufälligkeit nicht verleugnen können. Diese Zufälligkeiten machen aber das Wesen der Sache nicht aus. Es ist dieses im Gegentheil in den Grundprincipien des Verfahrens zu finden; und diese das ganze processualische Verfahren beherrschenden Grundprincipien bestimmen sich aus der juristischen Natur des verfolgten Rechtsanspruchs. Wenn demnach der Strafproceß wesentlich anders ist als der Civilproceß, so beruht diese Verschiedenartigkeit nicht auf irgendwelchen Willkürlichkeiten der Gesetzgebung; sondern weil die juristische Natur des im Civilprocesse geltend gemachten Rechtsanspruches von dem im Strafprocesse geltend gemachten Rechtsanspruche wesentlich verschieden ist, deshalb mußte das Strafverfahren sich wesentlich anders gestalten, als das Civilverfahren. Und nur so lange als man die Verschiedenartigkeit des strafrechtlichen und des civilrechtlichen Rechtsanspruches verkannte, konnte es geschehen, daß man den Strafproceß und den Civilproceß nach wesentlich gleichen Principien gestaltete, wie dieses beispielsweise in dem älteren deutschen Rechte, wenn auch nicht ohne mannichfache Modificationen der Fall war.

Das Proceßrecht behandelt die Formen, unter deren Beobachtung Rechtsansprüche vor Gericht verfolgt, unter deren Beobachtung aber die erhobenen Rechtsansprüche seitens des Gerichts entschieden werden. Man sagt daher, das Proceßrecht sei formelles Recht, und setzt diesem Ausdrucke gegenüber den Ausdruck materielles Recht, unter welchem man den Inhalt des Rechtsstreites, oder noch weiter gehend, jeden Rechtsanspruch versteht, welcher zu einer gerichtlichen Geltendmachung führen kann.

Es ist ohne weiteres klar, daß, wenn im öffentlichen Interesse ein Rechtsanspruch erhoben wird, der so entstehende Proceß dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehört. Aber auch dann, wenn lediglich wegen eines privaten Interesses ein Proceß geführt wird, was bei jedem Civilproceß der Fall ist, gehört der Proceß dem öffentlichen Rechte an. Denn nicht sowohl im Interesse der einzelnen Privatpersonen, als vielmehr vorzugsweise im öffentlichen Interesse sind die Gerichte zur Entscheidung von Civilrechtsstreitigkeiten eingesetzt. Es soll im öffentlichen Interesse die Eigenmacht vermieden werden, und so muß Jeder die Möglichkeit haben, seinen Rechtsanspruch vor einem Gerichte geltend zu machen, womit die Pflicht der Gerichte, das Recht zu gewähren, in Verbindung steht. Es sind die Gerichtsbeamten Staatsbeamte und durch die Proceßführung treten die Parteien in ein bestimmtes Verhältniß zu den richterlichen Staatsbeamten — welches Verhältniß zwischen Gericht und Parteien während der Dauer des Processes sich fortschreitend ändert —; dies alles bewirkt, daß jeder Proceß, auch der Civilproceß, als ein Theil des öffentlichen Rechts aufzufassen ist.

So viel über den Proceß im allgemeinen. Im Folgenden soll ausschließlich von den beiden wichtigsten Proceßarten, dem Civilproceß und dem Strafproceß gehandelt werden, und zwar in der Weise, daß wir zunächst die historischen Grundlagen des deutschen Processes vorführen; zunächst 1. des Civilprocesses und sodann 2. des Criminalprocesses.

1. Abriß der Geschichte des deutschen Civilprocesses vom Jahre 1495 an.

Dasjenige, was man mit dem Ausdrucke „gemeiner deutscher Civilproceß" bezeichnet, ist nicht der Inhalt irgend eines von der Gesetzgebung des deutschen Reichs erlassenen Civilproceßgesetzes, welches als solches Anwendung in allen deutschen Gerichten gehabt hätte — etwa in der Art, wie die jetzt für den Norddeutschen Bund in Vorbereitung befindliche Civilproceß-Ordnung gemeines Civilproceßrecht für Norddeutschland begründen wird — sondern es ist dasjenige, was man bis jetzt mit dem Ausdruck „gemeiner deutscher Civil-

proceß" bezeichnete und bezeichnet, das Resultat wissenschaftlicher Abstraction. Die Rechtswissenschaft hat jedoch bei Aufstellung des Systems des gemeinrechtlichen Civilprocesses keineswegs der positiven Grundlage entbehrt; nur fand sie diese positive Grundlage nicht in einem überall gültigen Proceßgesetz, sondern sie erkannte, daß sowohl in dem Reichsprocesse, wie auch in dem Processe, wie er in den einzelnen deutschen Territorien geführt wurde, eine Uebereinstimmung der Methode, eine Gleichartigkeit der Vorschriften vorhanden war, welche es ermöglichten, das den territorialen Rechten und dem Reichsrechte Gemeinsame zusammenzustellen. Somit sind die Elemente des gemeinen deutschen Civilprocesses sowohl der Proceß des Reichskammergerichts — der Proceß des Reichshofraths hat eine gleiche Bedeutsamkeit für die Entwickelung des deutschen Civilprocesses nicht erlangt — wie auch der Proceß der einzelnen Landesgerichte; und bei dem einen wie bei dem anderen wird der Proceßgang selbst theils durch Proceßgesetze, theils durch den Gerichtsgebrauch geregelt. Für die Bedeutsamkeit, welche Reichsproceß und particularer Proceß auf den Entwickelungsgang des Civilprocesses in Anspruch nehmen dürfen, kommt einestheils in Betracht die Autorität, welche der Reichsgerichtsproceß eben deshalb, weil er der Proceß des Reichsgerichts war, erlangte; — die Landesgerichte ließen dasjenige, was am Reichsgericht geschah, auch für sich maßgebend sein, und wenn später der Dep. Absch. von 1600. §. 15. und der jüngste Reichsabschied 1654 (§. 137) es vorschrieben, daß in den Landesgerichten soviel als möglich der kammergerichtliche Proceß beobachtet werden solle, so wurde damit eben etwas vorgeschrieben, was auch schon ohne diese Vorschrift so wie so geschah — anderntheils aber kommt in Betracht, daß gegenüber der Reichsgewalt die Territorialgewalt das staatlich Bedeutsamere wird, daß viele und unter diesen gerade die bedeutendsten Staaten durch die Erlangung des privilegium de non appellando — der Inhalt desselben bestand darin, daß, wenn das Landesgericht letztinstanzlich entschieden hatte, die Parteien den Proceß nicht an das Reichsgericht ziehen durften — sich von der Rechtsprechung des Reichsgerichts vollständig lossagten, daß die Landesgesetzgebung von erheblichster Bedeutsamkeit selbst noch während des formellen Bestehens des deutschen Reiches wird und daß nach dieser Zeit der Landesgesetzgebung selbstverständlich die alleinige Aufgabe blieb, das civilprocessualische Verfahren so zu regeln, daß es den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen konnte.

Die historische Veranlassung für die Errichtung des Reichskammergerichts ist nicht darin, daß man einen gemeinschaftlichen höchsten Gerichtshof für das deutsche Reich haben wollte, sondern in dem Zusammenhange zu finden, in welchem die Errichtung des Reichskammergerichts (1495) mit der Begründung des ewigen Landfriedens (1495) steht. Früher schon z. B. in den Jahren 1471, 1474, 1486 wurden s. g. vertragsmäßige Frieden auf eine bestimmte Reihe von Jahren abgeschlossen. Die durch einen solchen vertragsmäßigen Frieden Verbündeten wollten einestheils durch ihr Bündniß stark genug werden, um jede Gewaltthätigkeit, welche einem von ihnen begegnen möchte, gemeinschaftlich abwehren zu können; anderntheils verpflichteten sie sich, Streitigkeiten, welche in ihrem Kreise entständen, nicht auf dem Wege der Eigenmacht, der Fehde, sondern vor Gerichten, Austrägen, Friedensgerichten beizulegen. Diese Bemühungen, Ruhe und Ordnung im Reiche herbeizuführen, gelangten denn auch endlich zu einem Abschluß. Auf einem Reichstage zu Worms vereinigten sich die Reichsstände zu einem Landfrieden, welcher allgemein in Deutschland beobachtet werden, dessen Dauer an keine Zeit gebunden (ewiger Landfrieden, im Gegensatz zu den früheren nur auf Zeit errichteten Frieden) und durch den jede Fehde bei Strafe der Reichsacht und 2000 Mark Gold unbedingt verboten sein sollte. Diesem für die Dauer errichteten Frieden mußte dann auch ein für die Dauer errichtetes Friedensgericht entsprechen, ein Gericht, bei welchem diejenigen Ansprüche und Beschwerden, welche sonst zur Eigenmacht, zur Fehde geführt hätten, auf dem Wege Rech-

tens zum Austrage gebracht werden konnten. Und dieses Gericht war das mit dem ewigen Landfrieden in ein und demselben Jahre (1495) errichtete Reichskammergericht. Zunächst war denn auch das Reichskammergericht ein Gericht, bei welchem die Reichsunmittelbaren Recht zu nehmen verpflichtet sein sollten. Die Unterthanen sollten dagegen vor den Landesgerichten Recht zu nehmen verpflichtet bleiben. Um die Vollziehung der kammergerichtlichen Urtheile und die Aufrechthaltung des Landfriedens zu sichern, sollte eine jährliche Versammlung stattfinden, durch welche auch eine permanente Thätigkeit des Kaisers und der Reichsstände in Reichsangelegenheiten zu ermöglichen wäre. Die Befugnisse einer derartigen Versammlung wurden indessen schon im Jahre 1500 einem in Nürnberg versammelten Reichsregimente übertragen, welches unter dem Vorsitze des Kaisers oder eines kaiserlichen Statthalters aus persönlich gegenwärtigen Reichsständen und aus zwanzig Abgeordneten der Reichsstände aller Classen bestehen sollte. Die genauere Regelung des Proceßverfahrens bei dem Reichskammergericht erfolgte durch die Reichskammergerichts-Ordnungen. Schon bei der Gründung des Reichskammergerichts wurde bestimmt, daß dasselbe aus einem Richter (Präsidenten), der ein Fürst, Graf oder Freiherr wäre, und aus sechzehn Urtheilern, deren Hälfte „der Rechte gelehrt und gewürdigt“ — d. h. Doctoren des römischen und des kanonischen Rechts — zusammengesetzt sein sollte. Damit war der Einfluß der fremden Rechte auf Rechtsprechung und auf den Proceßgang des Reichskammergerichts in hervorragender Weise anerkannt. Das Gleiche war auch der Fall bei Erlaß der R. C. G. O. von 1555. Die überwiegend romanistische Richtung des Processes schließt sich an den Kammergerichtsproceß an und findet ihren Ausdruck theils in particulären Proceßordnungen, namentlich des südlichen und westlichen Deutschlands, unter denen die Churmainzer Hofgerichtsordnung von 1516 und die Untergerichtsordnung von 1534 hervorzuheben sind, theils in den Schriften der s. g. Cameralschriftsteller, unter denen Andreas Gaill und Joachim Mynsinger einen hervorragenden Einfluß gewannen. Indessen konnte die Reception der fremden Rechte nicht überall die einheimischen Rechtsbildungen gänzlich unterdrücken. Vorzugsweise in Sachsen erhielt sich eine kräftige Opposition des einheimischen Rechts, und unter den Ländern, welche den sächsischen Fürsten unterworfen waren, durfte namentlich Chursachsen als der Mittelpunkt der Opposition des deutschen Rechtselements gegen das fremde Recht bezeichnet werden. Unter diesem Gesichtspunkte sind die chursächsischen Constitutionen von 1572 und die von Hartmann Pistoris herrührende Gerichtsordnung von 1622 aufzufassen. Und der Einfluß dieser Gesetze geht, unter der Mitwirkung sächsischer Schriftsteller (Chilian König, Benedict Carpzov) und bei der Bedeutsamkeit der sächsischen Universitäten, welche es verstanden, dem einheimischen Rechtsstoffe auch diejenige Form zu geben, deren er bedurfte, um in der damaligen juristischen Welt überhaupt Beachtung zu finden, über die sächsischen Lande hinaus; namentlich erstreckt sich derselbe auf den Norden Deutschlands — und dringt endlich in die Reichsgesetzgebung selbst ein. Dasjenige Reichsgesetz aber, in welchem das einheimische Recht einen der bedeutendsten Siege über das fremde Proceßrecht davon trug, ist der jüngste Reichsabschied von 1654. In demselben heißt es: (§. 7.) „Da bei vorgewesenen langwierigen Kriegs-Läufften das heilsame Justiz-Wesen fast gänzlich zerfallen ist, und über das Reichs-Cammer-Gericht zu Speyer allerhand Klagen und Beschwerden vorkommen, und Wir dann von Zeit an Unserer Kaiserlichen mühsamen Regierung, zu Kaiserlichem Gemüth vielfältig gezogen, und dahin jederzeit sorgfältig bedacht gewesen, welcher Gestalt so bald nach erlangtem allgemeinem Reichsfrieden, das Justiz-Werk, ohne welches kein Reich in ordentlichem friedlichem Wesen erhalten werden kann, in förderlichen Gang wiederum zu richten und zu stellen, und wie neben dem Unterhalt und Ersetzung Unseres und des heiligen Reichs Cammer-Gerichts, zugleich auch der ohngesperrte, rich-

tige und schleunige Lauff der heilsamen unparteiischen Justiz befördert, und die geurtheilten Sachen jedesmals ohne Verzug vollestreckt werden mögen, ... (§. 8.) So haben Wir um so vielmehr Ursach genommen, diesen Punctum justitiae seiner selbst Nothdurfft und Wichtigkeit nach, auch ob morae periculum, vor allen Dingen . . . . in gewöhnliche Reichs-Consultationes bringen zu lassen." Es werden sodann vier Punkte erwähnt, auf welche die Justizgesetzgebung sich zu beziehen habe: 1. „wegen berührtes Unseres und des heiligen Reichs Kammergerichts Unterhalt"; 2. „wegen dessen Wiederersetzung und Bestellung"; 3. „wegen angeregter Reformation und Execution der Justiz"; 4. „wegen des Orts oder Translation desselben." Unter diesen vier Punkten ist der dritte jedenfalls der für uns wichtigste und mag es daher gestattet sein, in Betreff desselben einzelnes aus dem jüngsten Reichsabschiede anzuführen. Der jüngste Reichsabschied klagt, daß der bisherige Proceß zu langwierig gewesen sei. (§. 34.) „Diesemnächst nun sich befunden, wie viel Zeit vergeblich zugebracht, die Sachen meistentheils ohne Noth viel Jahr lang aufgezogen, die Acta dadurch sich überhäuft, und die Proceß sowohl zu den litigirenden Parteyen größtem Schaden und Nachtheil, als zu dieses höchsten Gerichts im Reich merklicher Verkleinfügung, gleichsam unsterblich gemacht werden" . . . so, u. s. w. . . . Es sollen nun gegenüber dem früheren Verfahren Abkürzungen stattfinden; bei Formulirung der Klage — das Factum soll kurz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar, auch da es den Parteien beliebt, oder der Sache Weitläufftigkeit und Umstände es erforderten, Punkten-Weiß verfaßt und ausgeführt sein" — desgleichen werden Abkürzungen für die Klagebeantwortung vorgeschrieben — die Eventualmaxime wird zu diesem Zwecke straffer angezogen, aber noch nicht mit voller Consequenz durchgeführt — so braucht die Einlassung nicht zu erfolgen „vor Erörterung des puncti competentiae fori"; die Bevollmächtigten sollen gleich im ersten Termine die Vollmachten beibringen oder caviren; hinsichtlich des Beweises wurden Bestimmungen getroffen, welche die gemeinrechtliche Anerkennung des im sächsischen Processe ausgebildeten Beweis-Interlocutes beförderten; in appellatorio sollen nova angebracht werden dürfen, jedoch mit eidlicher Versicherung, daß die nova in der früheren Instanz nicht gekannt, oder doch erst jetzt für nöthig erachtet seien." Diese und andere Abkürzungen jedoch, welche der jüngste Reichsabschied anordnete, geben viel mehr ein Zeugniß dafür, von welcher Langwierigkeit der Proceß vor dem Jahre 1654 gewesen ist, als dafür, daß nun nach dem Jahre 1654 der Proceß „kurz und nervose" geführt sei. Es erfolgte durch den jüngsten Reichsabschied ein gewisser Abschluß in der Entwickelung des gemeinrechtlichen Civilprocesses, dieser Abschluß ließ aber noch immer ein civilprocessualisches Verfahren bestehen, welches wenigstens nach unserer heutigen Auffassung hinsichtlich seiner Langwierigkeit und seines Formalismus kaum etwas zu wünschen übrig läßt.

Die Rechtswissenschaft hielt es nicht für nöthig, auf die Quellen zurückzugehen; nicht einmal die Schriften der italienischen Juristen, wie namentlich das speculum judiciale von Wilhelmus Durantis fanden Berücksichtigung, sondern man begnügte sich die Arbeiten der nächsten Vorgänger auszubeuten und denselben eigene Einfälle hinzuzufügen, die dann, wenn es die Einfälle beliebter Rechtslehrer waren, für die Praxis leicht eine Autorität erlangten. Hierher gehören unter anderen die Schriften von Brunnemann, Ludovici, Estor, Claproth. Dem ungebührlichen Uebergewicht der Praxis trat dann in der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts eine wissenschaftliche Methode entgegen, welche die Theorie des Civilprocesses durch die Entwickelung seiner Grundgedanken zu fördern suchte (Gönner, Grolmann, Harscher von Almendingen), welche auf eine strengere Beachtung seiner gesetzlichen Quellen hinwies (Martin, Gensler, Linde, Sin-

tenis u. A.) und endlich in der geschichtlich=organischen Auffassung des Rechts ihren Abschluß fand (Heffter, Bethmann=Hollweg, Keller, Briegleb, Planck).

Die Proceßgesetzgebung wurde nach dem Erlaß des jüngsten Reichsabschiedes nur noch von den einzelnen deutschen Territorien weiter fortgebildet. Unter diesen Gesetzen weicht in wesentlichen Grundprincipien die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung des Jahres 1795 von den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Civilprocesses ab. Es wurde hier der Versuch gemacht, für den Civilproceß die Inquisitions=Maxime wenigstens theilweise einzuführen. Zu diesem Ende wurde bestimmt, daß die Parteien in Person vor dem Richter erscheinen, von diesem selbst gehört, und daß der Richter durch Befragen der Parteien die materiell wahre Lage des Rechtsstreites kennen lernen solle. Nicht die Advocaten, welche die Processe in die Länge zögen und durch ihre bald größere, bald geringere Brauchbarkeit Ungleichheiten in der Parteistellung herbeiführten, sollten die Rechtsinteressen der Parteien vertreten, sondern es sollte dieses durch den Richter geschehen, welcher eben, weil er zur Vertretung der Rechtsinteressen der vor ihm erscheinenden Parteien berufen war, an dasjenige, was die Parteien ohne Befragung des Richters vorbringen mochten, nicht gebunden sein durfte, sondern in die Lage gebracht werden mußte, dasjenige, was zur Erforschung der Wahrheit dienstlich war, unabhängig von den Anträgen der Parteien zu benutzen. So wurde der Proceß zunächst durch Befragung der Parteien instruirt; und aus dem von dem instruirenden Richter (Instruent) zusammengestellten Material hatte ein anderer Richter, der Decernent, die Resultate zu ziehen. In dieser Weise erlangte der Decernent auch eine controlirende Thätigkeit gegenüber dem Instruenten, der übrigens schon bei der Instruction durch die Assistenzräthe zu controliren war. Doch aber war diese inquisitorische Behandlung des Civilprocesses der Natur des Gegenstandes des Civilprocesses zu sehr widersprechend, als daß man einen inquisitorischen Civilproceß folgerichtig hätte durchführen können. Es gab keinen Zwang zur Klage oder zur Vertheidigung; der Richter durfte beim Ausbleiben des Klägers den Proceß nicht von Amts wegen fortsetzen; falls der unterliegende Theil seinen Verpflichtungen nicht nachkam, so durfte die Execution nur auf Antrag des obsiegenden Theiles veranlaßt werden; die Parteien waren an den Rath des instruirenden Richters nicht gebunden, dieser war vielmehr gehalten, selbst die seiner Ansicht nach fehlerhaften Anträge der Parteien aufzunehmen; und endlich war auch das Fragerecht des instruirenden Richters nicht ein unbeschränktes, sondern es blieb dasselbe auf diejenigen Punkte beschränkt, welche in dem Vorbringen der Parteien bereits eine Andeutung fanden. Dieser halb inquisitorische Civilproceß der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung erhielt sich nur bis zum Jahre 1833. Am 1. Juli 1833 wurde eine „Verordnung über den Mandats=, den summarischen und den Bagatell=Proceß" publicirt und durch diese die Verhandlungsmaxime für die genannten Proceßarten wieder eingeführt. Die wesentlichste Bedeutung hatte aber §. 7 dieser Verordnung, durch welchen bestimmt wurde, daß es den Gerichten frei stehe, auf übereinstimmenden Antrag der Parteien — zu welchem Antrage übrigens die Mandatare eine Specialvollmacht nicht bedürfen sollten — auch andere als die in der Verordnung genannten Klagesachen nach Art der summarischen Processe zu behandeln. Die Folge dieser Bestimmung war, daß in kaum fünf Jahren durch die Praxis die Inquisitionsmaxime der Gerichtsordnung beseitigt, und an deren Stelle durchweg die gemeinrechtliche Verhandlungsmaxime eingeführt wurde. Die spätere Verordnung vom 1. Juli 1846 sanctionirte dann dieses durch die Praxis herbeigeführte Resultat und regelte von neuem den preußischen Civilproceß auf der Basis der gemeinrechtlichen Verhandlungsmaxime. So stimmt der preußische Civilproceß seit dem Jahre 1846 hinsichtlich seiner principiellen Basis wieder mit dem gemeinen Rechte überein; aber der im Jahre 1795 erfolgte Bruch mit dem ge=

meinrechtlichen Proceß hatte die Folge, daß, als der preußische Civilproceß wieder zur Heimath zurückkehrte, er viel gelernt und viel vergessen hatte; er war den praktisch hemmenden Formalismus des gemeinen Processes los geworden, und hatte sich an dessen Stelle die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens, wenigstens theilweise angeeignet. Das Princip der Mündlichkeit wurde dann in noch entschiedenerer Weise durch die hannöversche Proceßordnung von 1850 anerkannt und wird muthmaßlich durch die allgemeine Anerkennung desselben eine vollständige Reform des deutschen Proceßrechts herbeigeführt werden. —

In ähnlicher Weise wie im funfzehnten und sechzehnten Jahrhundert das deutsche Recht durch die Reception fremder Rechte eine neue Gestaltung erhielt, so suchte seit Anfang dieses Jahrhunderts, und theilweise nicht ohne Erfolg, das französische Recht in Deutschland Einfluß zu erlangen. Im Gebiete des Civilprocesses geschah dieses durch den code de procédure civile (1806), welcher noch jetzt Geltung hat in den linksrheinischen Ländern der preußischen Monarchie. Der französische Proceß charakterisirt sich zunächst durch die Gerichtsorganisation. Collegialisch besetzte Gerichte, Tribunale erster Instanz, sind nur für größere Bezirke eingesetzt und zur Vermeidung der Nachtheile solcher ausgedehnten Gerichtssprengel dienen die Friedensgerichte. Der Thätigkeit der Gerichte ist die s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit, die gerichtliche Polizei entzogen und ebenso dienen das Hypothekenbewahrungsamt, das Notariat, das Institut der Civilstandsregister dazu, die Thätigkeit der Gerichte lediglich auf die Thätigkeit des Richtens zu beschränken; und aus gleichem Grunde ist auch die Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils kein Gegenstand richterlicher Thätigkeit, sondern es hat sich die obsiegende Partei an die Vollziehungsbeamten, an die Huissiers, zu wenden, welche nach den speciellen gesetzlichen Vorschriften das Urtheil vollstrecken. Es ist sodann für den französischen Civil-Proceß von größter Bedeutung die Stellung, welche in demselben die Staatsanwaltschaft (ministère public) einnimmt. Diese neben den Gerichten stehende Behörde, mit ihrer eigenen Hierarchie, hat die Pflicht, dafür zu sorgen, daß Jedem unparteiisch Recht widerfahre. Ihre Beamten, von dem Generalprocurator des Cassationshofes an bis zu den Substituten der Staatsprocuratoren üben die Aufsicht über alle zur Justiz gehörigen Personen aus, über Richter, Gerichtsschreiber, Notarien, Anwälte und Gerichtsvollzieher; sie besorgen die ganze bei den Gerichtshöfen vorkommende Correspondenz mit in- und ausländischen Behörden; in den öffentlichen Sitzungen, bei welchen sie gegenwärtig sein müssen, haben sie darüber zu wachen, daß das Gesetz beachtet werde; sie geben motivirte Gutachten ab, und müssen in den vom Gesetze bezeichneten Fällen mit ihren Anträgen gehört werden. Der französische Proceß betrachtet nicht das ganze Verfahren von der Anstellung der Klage an bis zur Execution als ein in sich selbst zusammenhängendes Ganze, sondern man nimmt an, daß der Proceß erst dann an das Gericht gelange, wenn die Parteien im Stande sind, bei dem Gerichte mündlich ihre Anträge vorzubringen. Dasjenige, was der deutsche Proceß unter Proceßleitung versteht, ist dem französischen Processe fremd. Was zur Vorbereitung der von den Parteien dem Gerichte mündlich zu stellenden Anträge erforderlich ist, machen die Parteien ohne Mitwirkung des Gerichts von Anwalt zu Anwalt untereinander ab. Die Fristen, welche für diesen zwischen den Parteien stattfindenden Schriftenwechsel einzuhalten sind, bestimmt das Gesetz, und zum Beweise der richtig erfolgten Insinuation, ohne welche eine Controle über Beobachtung der Fristen nicht möglich sein würde, insinuiren die Parteien sich ihre Schriftsätze durch officielle Personen, die Huissiers. — Was vor dem Gerichte verhandelt wird, wird mündlich verhandelt, so daß das Gericht einer schriftlichen, actenmäßigen Unterlage für seine Entscheidungen fast ganz entbehrt; und diese mündlichen Verhandlungen erfolgen in öffentlichen Gerichtssitzungen.

In der Sache selbst entscheiden im französischen Processe nur zwei Instanzen. Der Cassationshof ist nicht ein Gericht, welches in dritter Instanz entscheidet; es ist vielmehr dieses Gericht darauf beschränkt, fehlerhafte Erkenntnisse zu vernichten und die nochmalige Entscheidung der Sache, und zwar unter Beobachtung des von dem Cassationshofe aufgestellten Rechtssatzes, dem Instanzgerichte, welches das bestehende Recht fehlerhaft angewandt hat, aufzutragen.

In Vorstehendem sind die wesentlichsten Momente zusammengestellt, welche für die Entwickelung des deutschen Civilprocesses bis jetzt von Einfluß gewesen sind.

Die wichtigsten der jetzt geltenden Civilproceßgesetze sind nun folgende:

Oesterreich: Gerichtsordnung Joseph's II. von 1781; Verordnung vom 21. Juli 1846; Gerichtsorganisationsgesetze v. 14. Juni 1849 und 18. Juni 1850.

Preußen: In den alten rechtsrheinischen Provinzen: Allgemeine Gerichtsordnung von 1795 woran sich verschiedene, das Civilverfahren und die Gerichtsorganisation principiell ändernde, Gesetze anschließen, namentlich von 1833, 1846, 1849. In den linksrheinischen Ländern gilt der code de procédure civile. In Hannover: die bürgerliche Proceßordnung von 1850 mit mehreren ergänzenden Gesetzen von 1859. In Nassau: Civilproceßordnung vom 23. April 1822. In Frankfurt: Gesetz vom 7. und 14. November 1848. In Kurhessen: außer Gesetzen von 1834 und 1851 besonders Gesetz vom 28. October 1863. Die neueren den gemeinen deutschen Civilproceß in Schleswig-Holstein modificirenden Gesetze sind zusammengestellt bei Stemann, Sammlung (Kiel 1868).

Sachsen hat keine neuere Codification. Unter den neueren Proceßgesetzen ist namentlich die Novelle vom 30. December 1862 hervorzuheben.

Die Gesetzgebung der Thüringischen Staaten (der zum Oberappellationsgericht zu Jena vereinigten Länder) ist bei Heimbach, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes (1861) nachzusehen.

Oldenburg: Proceßordnung vom 2. November 1857.

Braunschweig: Proceßordnung vom 19. März 1850.

Mecklenburg hat kein umfassenderes neues Proceßgesetz aufzuweisen.

Lippe-Detmold: Proceßordnung vom 12. April 1859; Novelle vom 15. Juni 1864.

Waldeck: Gesetz vom 10. Juni 1850.

Lübeck: Proceßordnung vom 28. April 1862.

Baden: Proceßordnung vom 18. März 1864.

Baiern: Codex Maximilianeus bavaricus judiciaris (1753) Gesetze: 1819, 1837. Entwurf von 1861 wird gegenwärtig (December 1868) berathen.

Würtemberg: Civilproceßordnung vom 3. April 1868.

Das Streben nach Rechtseinheit in Deutschland hatte schon zur Zeit des Deutschen Bundes dazu geführt, daß, in Folge eines Beschlusses der deutschen Bundesversammlung, zu Hannover der Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceß-Ordnung ausgearbeitet wurde. Dieser Entwurf erschien unter dem Titel: „Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceß-Ordnung" im Jahre 1866. An den Arbeiten in Hannover nahm Preußen mit einigen anderen deutschen Staaten nicht theil, und so wurde in Berlin ein „Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" (1864) ausgearbeitet. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes weist in Art. 4 die gemeinsame Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren der Bundesgesetzgebung zu. Die deutsche Civilproceß-Ordnung wird gegenwärtig durch eine in Berlin tagende Commission ausgearbeitet.

Eine genauere Kenntniß des Civilproceßrechts ist aus folgenden Lehr- und Handbüchern zu entnehmen: Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes (13. Aufl. 1862). Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses (7. Aufl. 1850). A. Chr. J. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, 5 Bde. 1843—1845. H. Bayer, Vorträge über den gemeinen deutschen ordentlichen Civilproceß (9. Aufl. 1865). G. W. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses (2. Aufl. 1865). A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 1867. W. Endemann, Das deutsche Civilproceßrecht (1868).

2. Abriß der Geschichte des deutschen Strafprocesses vom Jahre 1532 an.

Für den Strafproceß existirt ein deutsches Reichsgesetz, durch welches der gemeine deutsche Strafproceß begründet wurde, die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. die s. g. Carolina vom Jahre 1532. Das Strafverfahren, welches durch dieses Gesetz festgestellt wurde, ist in seinen Fundamentalprincipien ein wesentlich anderes, als dasjenige, welches das ältere deutsche Recht (Sachsenspiegel, Richtsteig-Landrecht) kannte. In letzterem finden wir ein durchweg accusatorisches Verfahren, veranlaßt durch die Klage des Verletzten, welchem nur für einzelne Verbrechen und nur für den Fall, daß der Verletzte selbst nicht klagt, die Klage eines kraft seines Amtes auftretenden Klägers gleichgestellt wird. Das gerichtliche Verfahren aber, welches sich an diese Strafklage — peinliche Klage — anschloß, war, abgesehen von Einzelheiten, im wesentlichen das gleiche, welches durch die civilrechtliche, die bürgerliche Klage veranlaßt wurde. Namentlich kannte der ältere deutsche Strafproceß weder die Veranlassung des Verfahrens durch das amtliche (ex officio) Einschreiten des Richters, noch auch eine von demselben vorgenommene Erforschung der materiellen Wahrheit; sondern, wie die Veranlassung zum Proceß nur in der Strafklage gefunden werden konnte, so basirte auch das Resultat des Processes auf den von den Parteien, resp. ihren Vertretern (Vorsprechen) geführten Verhandlungen. Hinzuzufügen ist noch, daß der Richter des älteren deutschen Rechts auch im Strafprocesse das Urtheil nicht selbst sprach, sondern daß er dasselbe von den Schöffen erfragte.

Als die Carolina publicirt wurde, hatte die Reception des fremden Rechtes auch für das Strafrecht sich vollzogen. Die Trennung zwischen Richtern und Schöffen in dem Sinne, wie dieselbe für das ältere deutsche Recht stattfand, war demnach nicht mehr möglich; der neue deutsche Strafproceß bedurfte ebenso wie der Civilproceß der rechtsgelehrten Richter, und damit diese für die Urtheilssprechung — in unserem heutigen Sinne des Worts — überall vorhanden sein möchten, bestimmte die Carolina in ihrem letzten Artikel (219), daß die Acten zum Spruche an Juristenfacultäten oder an sonstige Rechtsverständige verschickt werden sollten (Actenversendung). Schon hieraus ist zu ersehen, daß die Grundlage des Urtheils nach dem Processe der Carolina (C C C. Constitutio Criminalis Carolina) nicht in einer von dem erkennenden Richter geführten mündlichen Verhandlung gefunden wurde, sondern daß die alleinige Basis desselben in zusammengeschriebenen Acten bestand. Der Proceß der C C C war ein durchaus schriftlicher Proceß; von Oeffentlichkeit des Verfahrens konnte dabei selbstverständlich keine Rede sein.

Es war aber auch der Proceß der C C C. ein durchaus inquisitorischer Proceß. Zwar gab es eine doppelte Veranlassung für den Beginn des Strafprocesses. Entweder nämlich schritt der Richter von Amts wegen ein (Art. 6 ff.) oder es wurde derselbe zum Einschreiten veranlaßt durch eine ihm überreichte Strafklage, welche letztere dann entweder von einer Privatperson oder von einer namens der Obrigkeit klagenden Per-

son (Kläger von Amts wegen) ausging. Schritt der Richter von Amts wegen ein, so hatte er allein die gesammte Untersuchung zu führen; die gesammte Wahrheitserforschung lag ihm allein ob; es existirte kein Kläger, es war mithin eine Parteiverhandlung überhaupt nicht denkbar. Wurde dagegen der Strafproceß durch die Strafklage veranlaßt, so war es zwar für die weiteren processualischen Folgen vollkommen gleichgültig, ob die Klage von einer Privatperson oder von einem Kläger von Amts wegen herrührte (Art. 188. 189), aber der Umstand, daß der Proceß durch eine Klage veranlaßt wurde, machte den Strafproceß keineswegs zu einem accusatorischen, sondern in Folge der Klage begann ein inquisitorischer Proceß, der fast ausschließlich in den Händen des Untersuchungsrichters lag. Die fast einzige wesentliche Mitwirkung des Klägers bei dem Proceß bestand nur darin, daß er seine Strafklage gehörig begründete. Diese Begründung der Klage konnte durch Anführung von Beweismitteln geschehen, welche zur Verurtheilung ausreichend waren, sie konnte aber auch erfolgen durch die bloße Anführung geeigneter Indicien, welche die weitere Verfolgung des Verklagten rechtfertigten (Art. 12), oder durch Widerlegung etwaiger von dem Angeklagten gegen die Strafklage vorgebrachten Exceptionen (Art. 13). Daß der Ankläger diesen seinen Verpflichtungen nachkomme, dafür hatte er, allenfalls selbst in Form der Personalhaft, Sicherheit zu stellen. Gegen die Nachtheile einer ungerechtfertigten Anklage sollte der Verklagte geschützt werden (Art. 11. 12. 14). Hat aber der Kläger seine Klage in geeigneter Weise begründet, so wird er von jeder weiteren Verpflichtung, die Sache selbst zu verfolgen, entbunden; er hinterläßt dem Untersuchungsrichter seine Addresse, damit etwaige Mittheilungen ihm gemacht werden können, und damit scheidet er als Kläger aus dem Strafprocesse aus; und „was also durch annemung des beklagten, mit klag, antwurt, bürgschafft, fragen, erfarung, weisung vnd anders gehandelt, auch darauff geurtheylt würde, Das soll alles der gerichtschreiber ordentlich vnd vnderschiedlich beschreiben" u. s. w. (Art. 15. 17). Nur dann, wenn der in Folge der Klage begonnene Proceß zur Folter führte, bei welcher zu assistiren der Kläger auch vorgeladen wurde (Art. 45), und der Gefolterte nicht gestehen wollte, so konnte noch einmal auf den Ankläger zurückgegriffen, und diesem verstattet werden, Beweis für die Schuld des Angeklagten zu führen (Art. 62). Dies geschah in der Weise, daß der Kläger einzelne Beweisartikel schriftlich aufsetzte, bei jedem Artikel die Namen der Zeugen vermerkte, diese Schrift dem Gerichte übergab, worauf dann die Vernehmung der Zeugen durch das Gericht selbst oder durch geeignete Commissarien erfolgte (Art. 70). — Aus diesen soeben beschriebenen Einrichtungen läßt sich zwar nicht verkennen, daß der Strafproceß der C C C. noch nicht alle Erinnerungen an den in früherer Zeit geltenden Accusationsproceß verloren hatte; aber, um den Proceß der C C C. zu einem accusatorischen Proceß zu machen, dazu sind dieselben doch keineswegs ausreichend.

Der Proceß der C C C. verlangt zur Verurtheilung entweder das Geständniß des Thäters oder den „Beweis" seiner Schuld (Art. 22). Der Begriff des Beweises ist indessen nach der Auffassung der C C C. keineswegs identisch mit dem, was wir heute unter Beweis in Strafsachen zu verstehen pflegen. Man kann sagen, daß der Begriff des Beweises, positiv ausgedrückt, so gut wie identisch gewesen sei mit dem Beweise durch die Aussage zweier tauglicher und unverdächtiger Zeugen; und negativ würde zu sagen sein, daß dasjenige, was wir heute unter Indicienbeweis verstehen, nach der Auffassung der C C C. nicht nur nicht Beweis war, sondern gerade den Gegensatz zum Beweise bildete.

Nun konnten folgende Fälle eintreten; 1) der Angeschuldigte gestand. In diesem Falle war er auf Grund seines Geständnisses zu verurtheilen; denn die Feststellung des objectiven Thatbestandes und die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Geständnisses wird

nur dann von der C C C. vorgeschrieben, wenn eine Folterung des Angeschuldigten stattfinden soll, resp. stattgefunden hat (Art. 6. 48 ff.). 2) Es wurde gegen den Angeschuldigten der Zeugenbeweis geführt. In diesem Falle hatte der Untersuchungsrichter darauf zu sehen, daß die Zeugen tauglich und glaubwürdig wären und die gesetzlichen Normen der Zeugenvernehmung beobachtet wurden (Art. 62 ff.). Auf Grund des Zeugenbeweises erfolgte dann die Verurtheilung, unangesehen, ob der Angeschuldigte nach diesem Beweise sich schuldig bekannte, oder die ihm zur Last gelegte Missethat leugnete (Art. 69). 3) Gegen den Angeschuldigten lagen Indicien seiner Schuld vor. In diesem Falle mußte zunächst die indicirende Thatsache durch zwei „gute Zeugen“ bewiesen sein; und es mußte die indicirende Thatsache eine im Sinne des Gesetzes „genugsame“ Anzeige sein. Dasjenige aber, was unter „genugsamer“ Anzeige zu verstehen, ist von der C C C. (Art. 24 ff.), mit einer solchen Umsicht, in so treffender Weise und mit solcher Ausführlichkeit dargelegt, daß diese Bestimmungen die Grundlage der Theorie des Indicienbeweises so lange für Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung gebildet haben, als man sich überhaupt für das strafprocessualische Beweisrecht um eine Theorie des Indicienbeweises kümmerte. — Waren nun „genugsame“ Indicien „bewiesen“, so führte dies zur Folter (Art. 22. 45 ff. 58). Führte die Folter zum Bekenntnisse, so mußte die Glaubwürdigkeit des Geständnisses durch weitere Ermittelungen geprüft werden (Art. 48 ff.) und führten diese Ermittelungen dazu, daß an der Glaubwürdigkeit des Geständnisses nicht zu zweifeln war, so lieferte das in Folge der Tortur abgelegte Bekenntniß derartig vollen Beweis, daß ein Widerruf des Geständnisses nur zu neuer Folterung führte; es wäre denn, daß der Gefangene „solche Ursachen seines Leugnens fürwendet, dardurch der Richter bewegt würde, zu glauben, daß der Gefangene solch Bekenntniß aus Irrsal gethan; alsdann mag der Richter denselben Gefangenen zur Ausführung und Beweisung solches Irrsals zulassen.“ (Art. 57). Gesteht der Angeschuldigte nicht, so ist er freizusprechen und sind Richter, resp. Ankläger, welche auf Grund der im Gesetze als „genugsam“ bezeichneten Anzeigen die Folter in der vom Gesetze vorgeschriebenen Art und ohne Ueberschreitung des bestimmten Maßes vorgenommen haben, dem Angeschuldigten für die an ihm vorgenommene Folterung nicht verantwortlich (Art. 61. 20). Darüber freilich, ob die Folterung im vorliegenden Fall gerechtfertigt sei, konnte Streit entstehen, und dieser Streit wurde dann beigelegt, durch ein richterliches Urtheil, welches seiner Natur nach ein Zwischenurtheil war, und zu dessen Erlangung die Untersuchungsacten in gleicher Weise zu versenden waren, wie zur Erlangung des Endurtheils (Art. 28).

War dann der Strafproceß bis zum rechtskräftigen Endurtheil durchgeführt, so konnte noch, entweder auf Antrag des Klägers oder auf Antrag des Verklagten der s. g. „endliche Rechttag“ stattfinden (Art. 78). Der Gedanke, welcher diese Einrichtung entstehen ließ, war der, daß, da der Proceß der C C C. den öffentlich mündlichen Anklageproceß des älteren deutschen Rechts der Sache nach beseitigt hatte, wenigstens der Form nach etwas stattfinde, was so aussähe, als ob der frühere, in dem Volksbewußtsein noch fortlebende ältere Proceß noch existirte. Um dieser Form zu genügen, wurde eine Komödie aufgeführt, die darin bestand, daß man vor dem Volke so that, als ob der durch das schriftlich abgefaßte Erkenntniß bereits Verurtheilte, erst jetzt unter Beobachtung der Formen des älteren Processes verurtheilt werde. In diesem Schauspiele, welches durch das Läuten einer Glocke angekündigt wurde, treten auf: der Richter, mehrere Schöffen, der Kläger, der Verklagte, der Vorsprече des Klägers, der Vorspreche des Verklagten und am Schlusse die wichtigste Person, nämlich der Nachrichter. Was zu sprechen war, was zu geschehen hatte, das war wörtlich durch die C C C. vorgeschrieben. Der Richter fragt die Schöffen nach dem Recht; diese weisen es ihm; der Vorspreche des Klägers stellt die

Klage an, der Vorsprecher des Verklagten antwortet darauf; dann fragt der Richter einen der Schöffen, wie in der Sache zu urtheilen sei, worauf dieser antwortet, es sei so zu urtheilen, wie dies in dem schriftlich abgefaßten Erkenntnisse zu lesen. Dies wurde nun publicirt; der Richter bricht den Stab über den Verurtheilten und übergibt ihn dem Nachrichter. — Von dieser Komödie ist man im Laufe der Zeit abgekommen. Aber die Glocke, welche früher den „endlichen Rechttag" bedeutete, die bedeutet auch noch heute an vielen Orten die Vollstreckung der Todesstrafe, selbst da, wo dieselbe als Intramuran-Hinrichtung stattfindet; die Sünderglocke ist das letzte Ueberbleibsel des „endlichen Rechttages."

Wichtiger aber als das Aufgeben des endlichen Rechttages sind folgende Aenderungen, welche der Proceß der C C C. im Laufe der Zeit erfuhr.

1) Der Gegenstand des Strafprocesses der C C C. umfaßt nur diejenigen Straffälle, in welchen peinlich gestraft wurde. Diese peinlichen Strafen bilden aber den Gegensatz zu den bürgerlichen Strafen, und die letzteren herbeizuführen, dazu diente nicht der peinliche Proceß, von welchem die C C C. ausschließlich handelt, sondern die bürgerliche Klage und das bürgerliche Verfahren, welches im wesentlichen mit dem civilprocessualischen Verfahren identisch war. Dieser Unterschied basirt auf der Unterscheidung, welche das ältere deutsche Strafrecht aufstellte zwischen den s. g. „Ungerichten", den mit einer öffentlichen Strafe zu belegenden eigentlichen Verbrechen, und den „bußwürdigen Handlungen", d. h denjenigen Rechtswidrigkeiten, welche mit einer Geldzahlung, — der Buße an den Verletzten, und dem Gewedde (Friedensgeld) an die Obrigkeit — geahndet wurde. Nur auf die Fälle der ersteren Art, auf die Ungerichte, nicht aber auf die der letzteren Art, die bußwürdigen Delicte, bezog sich die peinliche Klage des älteren deutschen Rechts. „Peinliche Klagen", so sagt der Richtsteig, „heißen deshalb peinlich, weil der Verklagte, wenn er durch die Klage überwunden wird, gepeinigt werden soll." Das Peinigen des Verklagten erfolgt aber dadurch, daß an ihm die öffentliche Strafe vollzogen wird. „Nun wisse", so sagt der Richtsteig, „daß es fünferlei Arten von Pein gibt. Man peinigt den Schuldigen dadurch, daß man ihm sein Leben nimmt, oder seine Gesundheit (verstümmelnde Strafen) oder sein Recht, oder seine Ehre, oder den gemeinen Frieden." — Damit ist das System der öffentlichen Strafen erschöpft und damit ist auch der Gegenstand der peinlichen Klagen bezeichnet. In der C C C. hatte sich das System der öffentlichen Strafen, wenn auch nicht dem Principe nach, so doch hinsichtlich der Strafmittel in etwas geändert. Aber der Satz bleibt bestehen, daß ein Strafproceß nur dann stattfindet, wenn auf eine öffentliche Strafe erkannt werden sollte. Im Laufe der Zeit ist nun das System der öffentlichen Strafen wesentlich anders geworden, und namentlich dadurch, daß der Begriff der bußwürdigen Delicte, im Sinne des älteren Rechts, aufhörte. Diese verschwinden entweder überhaupt aus dem Bereiche der strafbaren Handlungen, oder die Buße, resp. das Gewedde erlangt den Charakter einer öffentlichen Strafe. Hiedurch erweiterte sich der Gegenstand des Strafprocesses und zwar in demselben Umfange, wie sich der Begriff der „öffentlichen Strafe" erweiterte.

2) Während die C C C. den Strafproceß entweder beginnen ließ durch Einschreiten des Richters ex officio oder durch Erhebung der Strafklage und diese beiden Arten der Veranlassung des Strafprocesses als gleichberechtigte nebeneinander stellte, so daß in dem einen, wie in dem anderen Fall der ordentliche Strafproceß stattfand, beschränkte man später — namentlich seit Carpzov — den Begriff des ordentlichen Processes auf diejenigen Fälle, in welchen der Richter von Amts wegen einschritt. Die Einleitung des Strafverfahrens durch den Kläger von Amts wegen hörte gänzlich auf und ein Strafverfahren in Folge der Strafklage einer Privatperson eintreten zu lassen, kam zwar vor, indessen blieben derartige Strafprocesse meistens auf die Verfolgung geringerer Delicte beschränkt, der Privatkläger führte den Proceß auf eigene Kosten und der Proceßgang hatte

viel Aehnlichkeit mit dem Proceßgange des Civilprocesses. Ein Fall dieser Art hat sich bis auf den heutigen Tag erhalten; es ist die Privatklage wegen Ehrverletzungen.

3) Der Proceß der CCC. verlangt, daß, wenn verurtheilt werden soll, dies nur geschehen dürfe in Folge des Beweises (durch Zeugen), oder in Folge des Geständnisses, nicht aber in Folge von Indicien. Der Indicienbeweis hatte vielmehr nur die Bedeutung, daß derselbe zur Folter und so mittelbar zum Geständniß führte. Also nur mit Hülfe der Folter war das Beweissystem des CCC. aufrecht zu erhalten. Nun wurde aber, und zwar zuerst in Preußen beim Regierungsantritt Friedrich's des Großen, die Folter aufgehoben — die anderen deutschen Staaten folgten nach, wenn auch später, so z. B. Baiern erst im Jahre 1806 — und damit schwand die Möglichkeit, auf Grund des Geständnisses da verurtheilen zu können, wo man dasselbe früher nur durch Anwendung der Folter zu erlangen im Stande war. Es entstand ein Schwanken in der Praxis, ob man beim Nichtvorhandensein des Geständnisses, jedoch beim Vorhandensein derjenigen Indicien, welche früher zur Folterung berechtigten, jetzt überhaupt noch strafen dürfe, ob, wenn dies zulässig, die volle gesetzliche oder nur eine minder schwere als die volle gesetzliche Strafe (gegenüber der ordentlichen Strafe poena ordinaria bezeichnete man die letztere mit dem Ausdruck „außerordentliche Strafe" poena extraordinaria) erkannt werden dürfe. Durch die Praxis und durch Particulargesetzgebung fanden diese Zweifel darin ihren Abschluß, daß auch auf den Indicienbeweis hin, falls derselbe nur gewissen Anforderungen entsprach, zur vollen gesetzlichen Strafe verurtheilt werden durfte.

4) In dem Processe der CCC. sondert sich sehr deutlich das Verfahren gegen einen Angeschuldigten, welches vor der Folterung desselben, von demjenigen Verfahren, welches während und nach der Folterung stattfand Es ist damit die Gliederung des Strafverfahrens in General- und Specialinquisition angedeutet. Die Generalinquisition war das Vorverfahren, die Specialinquisition das Hauptverfahren, und, wenn auch im Laufe der Zeit manche Schwankungen darüber stattgefunden haben, was zum Inhalt des Vorverfahrens, was zum Inhalt des Hauptverfahrens zu rechnen sei, so darf doch im allgemeinen gesagt werden, daß es während der Dauer des Vorverfahrens noch zweifelhaft war, ob N. N. processualisch als Angeschuldigter zu behandeln sei; während es im Hauptverfahren feststehen mußte, daß N. N. processualisch als Angeschuldigter zu behandeln sei, in Betreff dessen es nunmehr festzustellen sei, ob er auch als Schuldiger verurtheilt, oder als Nichtschuldiger freigesprochen werden müsse. Einzelne praktische Mißstände bei der Beweiserhebung, auf welche hier nicht näher einzugehen ist, veranlaßten es, daß die Gliederung des Strafprocesses in die genannten zwei Proceßstadien sich in eine Gliederung in drei Stadien verwandelte, Information, Untersuchung und Specialinquisition. In dem ersten dieser genannten Abschnitte des Verfahrens wurde überhaupt nicht Beweis erhoben; die Vernehmung der Auskunftspersonen erfolgte nicht eidlich und der Verdächtige wurde nur so vernommen, als ob er selbst nur eine Auskunftsperson wäre. Die Untersuchung enthielt das gesammte Beweismaterial, namentlich die eidliche Vernehmung der Zeugen und die, wenn auch nur summarische, so doch verantwortliche Vernehmung des Angeschuldigten als solchen. Für die Specialinquisition blieb dann nur noch das artikulirte Verhör des Angeschuldigten übrig, d. h. die Vernehmung desselben über bestimmt formulirte Fragestücke, Artikel, welche nach den Ergebnissen der voraufgegangenen Untersuchung zu entwerfen waren.

Diese Aenderungen des durch die CCC. begründeten processualischen Verfahrens wurden theils durch die Praxis, theils durch die Particulargesetzgebung herbeigeführt. Die wichtigsten dieser Particulargesetze sind: Der Codex Maximilianeus juris bavarici criminalis (1751); die allgemeine Criminalgerichtsordnung Kaiser Joseph's II. (1788);

Gesetzbuch Kaiser Franz II. über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen (3. Sept. 1808. Theil II, Abschnitt 2); Preußische Criminalordnung vom 11. December 1805; Bairisches Strafgesetzbuch von 1813 (zweiter Theil).

Die Ereignisse des Jahres 1848 veranlassten eine durchgreifende Aenderung des deutschen Strafprocesses. Diese Aenderung läßt sich mit einem Worte dadurch bezeichnen, daß man sagt: Während man im 16. Jahrhundert den italienischen Strafproceß recipirte, recipirte man im 19. Jahrhundert den französischen Strafproceß. Ohne Vorbereitungen freilich erfolgte diese jüngste Reception fremden Rechtes in Deutschland nicht. Die praktisch bedeutsamste derselben war die Einführung des französischen Rechts, speciell auch die des französischen Strafprocesses (code d'instruction criminelle, 1808) in denjenigen Ländern, welche durch die französische Invasion mit Frankreich verbunden wurden. Nach den Freiheitskriegen blieben die französischen Institutionen in den linksrheinischen Ländern Deutschlands bestehen, und so blieb auch der französische Strafproceß ein particulärer Proceß in Deutschland. Dieser rheinische Proceß konnte gegenüber dem Strafproceß in den übrigen Theilen Deutschlands darauf hinweisen, daß er sich der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, daß er sich des Institutes der Geschwornengerichte erfreue. — Der rheinische Proceß erlangte in dem übrigen Deutschland dasjenige, was man mit dem Worte Popularität zu bezeichnen pflegt. Außer dieser Existenz des französischen Processes auf deutschem Boden wird noch zu erwähnen sein, daß an einzelnen Stellen Deutschlands durch die Gesetzgebung versuchsweise Reformen des Strafverfahrens unternommen wurden. So machte man 1843 in Würtemberg den höchst verunglückten Versuch, an das schriftliche Untersuchungsverfahren in schweren Straffällen eine öffentliche Schlußverhandlung zu knüpfen; in Baden wurde 1845 eine Strafproceßordnung publicirt, welche das Princip der Mündlichkeit, eine beschränkte Oeffentlichkeit, das Institut der Staatsanwaltschaft, aber nicht das Geschwornengericht adoptirte, — ein Gesetz, welches übrigens nicht zur Ausführung gelangte; in Preußen wurde durch das Gesetz vom 17. Juli 1846 für die bei dem Kammergericht und dem Criminalgericht zu Berlin zur Verhandlung kommenden Strafsachen Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, Staatsanwaltschaft, aber nicht Geschornengericht eingeführt. Außerdem wurde die Einführung des Geschwornengerichts, worunter man immer nur an das französisch-rheinische Geschwornengericht dachte, Gegenstand der Agitation — wenn auch zum Theil nur der mehr doctrinären Agitation, wie z. B. gelegentlich der Germanistenversammlung in Lübeck (1847). Als dann im Jahre 1848 „Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Geschwornengerichte" zu den selbstverständlichen „Forderungen" und auch zu den selbstverständlichen „Concessionen" gehörten, da dachten weder Fordernde noch Concedirende an etwas anderes, als an die Verallgemeinerung des der Popularität sich erfreuenden französischen Geschwornengerichts, und des französischen Processes überhaupt. Daß die französischen Institutionen hinsichtlich ihres processualischen Werthes von der Actionspartei nicht untersucht wurden, verstand sich von selbst; denn es kam ja wesentlich darauf an, ein die „Freiheit" sicherndes processualisches Institut zu erlangen; und man überschätzte in dieser Beziehung das französische Geschwornengericht nicht minder, wie in seiner processualischen Bedeutsamkeit. Jedenfalls aber verstanden es die rheinischen Juristen, die Popularität, deren sich ihr Recht im Jahre 1848 erfreute, in der umfassendsten Weise auszunutzen. Die seit dem Jahre 1848 publicirten Strafproceßordnungen basiren durchweg auf französisch-rheinischen Principien. Die jetzt geltenden Strafproceßgesetze sind folgende:

Preußen: 1) In den alten Provinzen, mit Ausnahme des Bezirks des Appellationsgerichtshofes zu Cöln: Verordnung vom 3. Januar 1849 und Gesetz vom 3. Mai 1852. Diese Gesetze werden ergänzt durch die Criminalordnung vom 11. December 1805.

2) In dem Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln: der code d'instruction criminelle von 1808. 3) In den seit dem Jahre 1866 mit dem preußischen Staate verbundenen Provinzen: die Strafproceßordnung vom 25. Juni 1867 — im wesentlichen eine Codification der in den alten Provinzen geltenden, in verschiedenen Gesetzen (siehe unter 1) enthaltenen strafprocessualischen Vorschriften. In Lauenburg gilt noch der alte schriftliche Untersuchungsproceß.

Sachsen: Revidirte Strafproceßordnung vom 1. October 1868. Gesetz vom 14. September 1868, die Bildung der Geschwornenlisten und der Geschwornenbank betreffend, sowie Gesetz, betreffend das Verfahren vor Geschwornengerichten, vom 1. October 1868, und Gesetz, betreffend die Wahl von Gerichtsschöffen und die Mitwirkung derselben bei der Verhandlung und Aburtheilung der bezirksgerichtlichen Strafsachen, vom 1. October 1868.

Großherzogthum Hessen: Strafproceßordnung vom 15. September 1865. In Rheinhessen der code d'instruction criminelle, mit dem Gesetz über die Bildung der Schwurgerichte vom 31. December 1848.

Braunschweig: Strafproceßordnung vom 21. October 1858.

Thüringische Staaten (Weimar, Meiningen, Schwarzburg-Sondershausen und Rudolstadt, Coburg-Gotha, Anhalt — Dessau, Köthen und seit 1. Oct. 1864 Bernburg — und Reuß j. L. seit 28. April 1863): Thüringische Strafproceßordnung von 1850.

Altenburg: Strafproceßordnung vom 27. Februar 1854.

Oldenburg: Strafproceßordnung vom 2. November 1857.

Waldeck: Gesetz vom 14. Juni 1850 (Nachbildung der preußischen Verordnung vom 3. Januar 1849).

Lübeck: Strafproceßordnung vom 26. November 1862 — in Kraft getreten am 1. März 1864 (ohne Schwurgerichte).

Bremen: Provisorische Strafproceßordnung vom 30. Juli 1863 (mit Schwurgerichten).

Baiern: In Rheinbaiern code d'instruction criminelle. In den übrigen Landestheilen: Strafproceßordnung von 1815; modificirt durch das provisorische Gesetz über das öffentlich mündliche Verfahren vom 10. November 1848.

Würtemberg: Strafproceßordnung vom 17. April 1868.

Baden: Strafproceßordnung vom 15. März 1864 und Gesetz über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen vom 28. Mai 1864.

Oesterreich: Strafproceßordnung von 1853 (ohne Geschworne in gemeinen Verbrechensfällen).

Hamburg: Strafproceßordnung vom 30. April 1869.

Der gemeinrechtliche, schriftliche heimliche Inquisitionsproceß gilt noch in den Großherzogthümern Mecklenburg, in den Fürstenthümern Liechtenstein, Schaumburg-Lippe, Lippe und Reuß ä. L.

Die ausführlichere Kenntniß des jetzt geltenden Strafproceßrechts werden folgende beiden Werke vermitteln: Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens (Göttingen, 1857) und Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprocesses (Göttingen, 1861—1868, 2 Bände).

Die Verfassung des Norddeutschen Bundes nennt Art. 4, N. 13 als Gegenstand der Bundesgesetzgebung „das gerichtliche Verfahren", mithin auch das Strafverfahren. Die Vorarbeiten zu einer gemeinsamen deutschen Strafproceßordnung haben zur Zeit noch nicht begonnen, und es läßt sich auch nicht verkennen, daß die Schwierigkeiten, welche dieser gesetzgeberischen Arbeit entgegenstehen, sehr erheblich sind. Die principiell wichtigste legislatorische Frage ist die, ob der neue gemeinsame deutsche Strafproceß auch nach dem Vor-

bilde des französischen Rechts gearbeitet, d. h. ein inquisitorischer Proceß mit einzelnen accusatorischen Formalitäten, oder ob derselbe auf der Grundlage des Accusationsprincips errichtet werden wird. So sehr es zu wünschen wäre, daß man sich für letzteres entscheiden möchte, so wird dieser Schritt doch dadurch nicht unerheblich erschwert werden, daß es sich dabei nicht blos um einen Bruch mit dem französischen, sondern auch um den Bruch mit den seit Jahrhunderten geübten gemeinrechtlichen inquisitorischen Einrichtungen handelt. Neben dieser principiell wichtigsten Frage: ob Accusationsproceß, ob Inquisitionsproceß, erscheinen andere legislatorische Fragen, wenn dieselben auch an sich bedeutsam genug sind, von verhältnißmäßig untergeordneterer Bedeutung, und dies namentlich auch deswegen, weil dieselben durch die Beantwortung jener wesentlichsten Frage ebenfalls, wenn auch nur mittelbar beantwortet werden. Dahin gehören die Fragen nach dem Verhältniß der Staatsanwaltschaft zum Gericht (ist der Staatsanwalt Partei oder nicht?), zur Justizverwaltungsbehörde (ist die Staatsanwaltschaft bei Erhebung der Anklage vom Justizminister abhängig, oder entscheidet sie hierüber, wie dies in Schottland der Fall, unabhängig vom Justizministerium?), zur verletzten Privatperson (Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft oder auch Strafklage von Privatpersonen?), dahin die Fragen nach dem durch Einstimmigkeit oder durch Majorität beschlossenen Geschwornenverdict; nach der Stellung des der Hauptverhandlung präsidirenden Richters und der Art seiner den Geschworenen zu ertheilenden Direction und manches andere. Ein weites Feld für nützlichste Thätigkeit liegt hier vor uns. Es darf aber auch nicht an eifrigster Arbeit fehlen, wenn die zukünftige gemeinsame deutsche Strafproceßordnung einen hervorragenden Markstein in der fortschreitenden Entwickelung des deutschen Strafproceßrechts bilden soll.

Wir wenden uns nunmehr zur Darstellung der wichtigsten Grundzüge des heutigen Proceßrechts unter den in römischen Ziffern bezeichneten Rubriken.

I. Die Gerichte.

Der Inhaber der gesammten Staatsgewalt — also in monarchischen Staaten der regierende Landesherr — ist auch Inhaber der richterlichen Gewalt, des Justizhoheitsrechts.

Die Justizhoheit enthält das Recht und die Verpflichtung, die erforderlichen Gerichte einzusetzen, dieselben den Bestimmmungen der bestehenden Gesetze gemäß in ausreichender Weise zu besetzen, sowie die sonstigen für die Rechtspflege erforderlichen Anstalten und Einrichtungen — Gerichtsgebäude, Strafanstalten — zu beschaffen und zu erhalten. (Justizverwaltung.) Die Justizhoheit enthält aber sodann auch das Recht der Rechtsprechung selbst. Wenn demnach der Landesherr Inhaber des Rechts der Jurisdiction ist, so übt er doch dieses Recht nicht selbst aus, sondern es ist die Ausübung dieses Rechts den Gerichten — bald Einzelrichtern, bald collegialisch zusammengesetzten Gerichten — übertragen. Bei der Rechtsprechung ist der Richter ausschließlich an die Befolgung des bestehenden Rechts — Gesetz oder Gewohnheit — gebunden; auf dieser Basis entscheidet er den einzelnen seiner Cognition vorliegenden Fall, indem er das bestehende Recht auf denselben anwendet, nach denjenigen Regeln, welche die Rechtswissenschaft für die Findung des Rechts aufgestellt hat. Nur das von ihm selbst erkannte Recht hat der Richter auszusprechen und keiner fremden Autorität, keiner ihm zukommenden Weisung darf er bei der Urtheilsfällung nachgeben. Die Ausübung der Rechtspflege ist den Gerichten dergestalt übertragen, daß der Staatsgewalt selbst keine positive Einwirkung auf die Handhabung des Rechts im einzelnen Falle zusteht. Die Ausschließung der Cabinetsjustiz bedeutet, daß der Landesherr und seine Administrativbehörde keine

Einwirkung auf die richterliche Cognition haben, wobei es vollkommen gleichgültig ist, ob eine solche Einwirkung erfolgt durch Befehle, welche die Justiz verhindern oder hemmen sollen, oder durch Befehle, welche einen Einfluß auf die Proceßleitung oder Proceßentscheidung bezwecken. Die Richter sind durch ihr Amt verpflichtet, einem etwa erfolgenden Cabinetsbefehle der bezeichneten Art nicht zu gehorsamen; und alle in Folge eines Cabinetsbefehls ergangenen richterlichen Verfügungen würden nichtig, also auch für die Parteien unverbindlich sein. Von der Cabinetsjustiz ist aber wohl zu unterscheiden die Oberaufsicht darüber, daß die Justiz gehörig, dem Gesetz und der Geschäftsordnung gemäß gehandhabt werde. Als ein Ausfluß dieses Oberaufsichtsrechts stellen sich dar die Visitationen der Gerichte, die Handhabung der Disciplinargewalt über die richterlichen Beamten. Hier handelt es sich nicht um Beeinflußung der Rechtsprechung, sondern um Vornahme von Acten der Justizverwaltung.

Die Besetzung der Gerichte mit tauglichen Richtern steht dem Landesherrn ausschließlich zu. Nur vereinzelt findet sich die Mitwirkung anderer staatsrechtlicher Organe; so concurrirten beispielsweise die Stände in Hannover und Kassel bei Besetzung der höchsten Gerichtshöfe; so findet sich in Braunschweig ein ständisches Präsentationsrecht zu zwei Rathsstellen des Obergerichts. Der taugliche Richter (judex habilis) muß gewissen natürlichen, — volle Wahrnehmungs- und Urtheilsfähigkeit, hinlängliche Altersreife, männliches Geschlecht — sowie gewissen rechtlichen Voraussetzungen — z. B. Vollgenuß der bürgerlichen Ehre — entsprechen. Zu diesen rechtlichen Voraussetzungen, durch welche die Tauglichkeit des Richters bedingt wird, rechnete man früher selbst die christliche Rechtgläubigkeit und schloß somit Ketzer von dem Richteramte aus. Die Art des christlichen Glaubensbekenntnisses ist nun heute für das Richteramt gleichgültig, wogegen die Zulassung der Juden zum Richteramte noch vielfach bestritten wird. Vor allem aber gehört zu den rechtlichen Voraussetzungen eines tauglichen Richters die Rechtskenntniß. Wer nicht nachweisen kann, daß er nach den Gesetzen seines Landes die erforderliche Rechtskenntniß erworben hat, darf nicht als Richter angestellt werden — mitunter müssen noch besondere Erfordernisse erfüllt sein, um denjenigen, welcher seine Qualification zum Richteramt überhaupt nachgewiesen hat, auch für die Bekleidung eines Richteramts bei einem höheren Gerichte für qualificirt zu erachten, z. B. die preußische Bestimmung, nach welcher nur derjenige für ein Richteramt bei dem nächst höheren Gerichte qualificirt sein soll, welcher mindestens vier Jahre lang Richter oder Staatsanwalt bei dem nächst niederen Gerichte gewesen ist. Von den Voraussetzungen für die Tauglichkeit des Richters hängt es ab, ob Jemand als Richter angestellt werden darf. Durch die Anstellung, mit welcher die Vereidigung und die Einführung in Verbindung steht, wird der Angestellte befugt und verpflichtet, als Staatsdiener die Functionen des Richters wahrzunehmen. Die Anstellung selbst ist, im Interesse der Unabhängigkeit des Richters, eine definitive und dauernde und darf der einmal angestellte Richter außer auf Grund eines strafgerichtlichen oder disciplinargerichtlichen Urtheils weder seines Amtes entsetzt, noch wider seinen Willen in ein anderes als das ihm übertragene Richteramt versetzt werden.

Außer diesen rechtsgelehrten Richtern werden indessen auch aus nicht rechtsgelehrten Ständen Personen zur Richterthätigkeit berufen. Es geschieht dies in der Weise, daß entweder die rechtsungelehrten Richter bei der Urtheilsfällung die gleichen Functionen haben, wie die rechtsgelehrten Richter, oder in der Weise, daß die Function der Urtheilsfällung nur zu einem Theil von den rechtsgelehrten und zum anderen Theile von den rechtsungelehrten Richtern wahrgenommen wird. Ersteres ist beispielsweise bei den Handelsgerichten, wie dieselben in einzelnen preußischen Städten bestehen, der Fall. Es ist

nämlich ein jedes Handelsgericht besetzt mit einem rechtsverständigen Director, nebst zweien rechtsverständigen Mitgliedern und mindestens vier Mitgliedern, welche dem Handelsstande angehören. Letztere werden durch die angesehensten Handeltreibenden (25—60) des Bezirks, für welchen das Handelsgericht bestimmt ist, gewählt, für die Erwählten wird die Bestätigung des Justizministers nachgesucht, worauf, wenn dieselbe erfolgt, die Vereidigung und Einführung der gewählten Richter in ihr Amt erfolgt. Während der Dauer ihres Amtes, welches sie als unbesoldetes Ehrenamt verwalten, haben die Richter aus dem Handelsstande die Rechte und Pflichten richterlicher Beamten und nehmen an den Beschlüssen des Handelsgerichts gleich den rechtsverständigen Mitgliedern mit unbeschränktem Stimmrecht theil. Aehnlich verhält es sich mit den zur Aburtheilung geringerer Strafsachen heranzuziehenden Schöffen. Diese werden nach ähnlichen Grundsätzen wie die Geschwornen ausgewählt, und ihr Votum ist gleichberechtigt mit dem Decisiv-Votum des rechtsgelehrten Richters. Eine gewisse Beeinflussung des Schöffen durch den rechtsgelehrten Richter würde dann erkennbar sein, wenn, wie dieses in der Proceßordnung für die neuen preußischen Provinzen vorgeschrieben ist, der rechtsgelehrte Richter seine Stimme vor den Schöffen abgibt. Mit dem für die Handelsgerichte gewählten rechtsungelehrten Richter hat der Schöffe das gemeinsam, daß sein Urtheil ebenso weit reicht, wie das des rechtsgelehrten Richters; während aber die für das Handelsgericht erwählten rechtsungelehrten Richter eine längere Zeitdauer hindurch in ihrem richterlichen Amte verbleiben, ist das Amt der Schöffen ein vorübergehendes Ehrenamt, welches mit dem einmal geleisteten Schöffendienst erlischt; in dieser Beziehung stehen die Schöffen den Geschwornen gleich

Eine Theilung der Functionen der Urtheilsfällung zwischen rechtsgelehrten und rechtsungelehrten Richtern findet in denjenigen Processen statt, in welchen unter Mitwirkung von Geschwornen verhandelt und geurtheilt wird. Obwohl in England auch in Civilsachen thätig, ist in Deutschland die Function der Geschwornengerichte auf Strafsachen beschränkt geblieben; so daß wir in Deutschland in dem Geschwornengericht nicht ein allgemein processualisches, sondern ausschließlich ein strafprocessualisches Institut zu erblicken haben. Auch waren in England die Geschwornen ursprünglich nicht Richter, sondern sie bildeten ein Beweismittel zur Feststellung der streitigen Thatfrage. Wie Zeugen, welche ja auch dasjenige, was sie von der Sache wissen, nicht erst an der Gerichtsstelle erfahren, sondern an die Gerichtsstelle mitbringen, so erklärten auch die Geschwornen, als die Gemeinde vertretende Zeugen, was sie über das Recht oder das Unrecht der Parteien erfahren, ehe und bevor sie an der Gerichtsstelle erschienen. Hiermit hing das Recht des Richters zusammen, die Geschwornen nach dem Grunde ihres Verdictes zu befragen, sie in ihrer Glaubwürdigkeit zu controlliren, unter Umständen selbst sie wegen unrichtiger Verdicte zu bestrafen. Richter, und zwar dem rechtsgelehrten Richter gegenüber für ihr Verdict unverantwortliche Richter wurden die Geschwornen erst, nachdem sich das gerichtliche Verfahren in der Weise herausgebildet hatte, daß die Geschwornen nicht auf Grund eigenen Wissens, sondern nur auf Grund des ihnen an der Gerichtsstelle vorgeführten Beweises ihr Verdict abzugeben hatten. In Deutschland sind die Geschwornen seit ihrer durch das französische Recht vermittelten Reception nur Richter gewesen und zwar Richter über die Thatfrage (Schuldfrage), während die rechtsgelehrten Richter über die Rechtsfrage zu urtheilen haben. Ueber diesen Unterschied zwischen Thatfrage und Rechtsfrage wird weiter unten das Erforderliche angeführt werden.

Die Frage, wer zum Geschwornendienst heranzuziehen, beantwortet sich mit Rücksicht darauf, daß die Geschwornen Richter sind und daher zur Wahrnehmung der ihnen

obliegenden richterlichen Functionen tauglich sein müssen; sodann aber auch mit Rücksicht darauf, daß der Geschwornendienst eine dem allgemeinen Interesse — speciell dem Interesse der Rechtspflege — gewährte unentgeldliche Leistung ist, daß daher nur diejenigen unter den an sich Tauglichen zum Geschwornendienst zu berufen sind, von welchen billigerweise eine solche Leistung im öffentlichen Interesse verlangt werden darf. Während mit Rücksicht auf die Tauglichkeit nur Männer, nach zurückgelegtem dreißigsten Jahre, die sich im vollen Genusse der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, zum Geschwornendienste berufen werden dürfen, — zu welchen Erfordernissen durch einzelne Gesetze noch hinzugefügt wird: der mindestens einjährige Wohnsitz in der Gemeinde, die Fähigkeit des Lesens und Schreibens, resp. (noch weiter gehende Garantien) einer höheren zum Geschwornendienste erforderlichen Bildung, körperliche und geistige Gesundheit — wird die Verpflichtung zum Geschwornendienste mit Rücksicht auf die dem allgemeinen Interesse zu gewährende unentgeldliche Leistung namentlich von dem Besitze eines gewissen Vermögens — dem Census — abhängig gemacht; wobei allerdings nicht unbemerkt bleiben darf, daß, wenigstens nach der Auffassung einzelner Gesetze, in dem Census auch die Garantie einer gewissen höheren Bildung gefunden wird. Auch sollen von dem Geschwornendienste befreit bleiben: Richter, Staatsanwalte, höhere Staatsbeamten, active Militärs, Geistliche, Elementarlehrer, Dienstboten, Polizeibeamte, die am Ort der Schwurgerichtssitzung befindlichen Rechtsanwalte, Personen von höherem Alter (60 bis 70 Jahre), Personen, welche in demselben Jahre schon einmal den Geschwornendienst wahrgenommen haben. Hierbei ist übrigens auf Folgendes aufmerksam zu machen: 1) daß die verschiedenen deutschen Gesetze hinsichtlich der Befreiungsgründe in Einzelheiten von einander abweichen; 2) daß die Befreiungsgründe bald die Wirkung haben, daß der Geschworne gar nicht berufen wird, bald nur die, daß der berufene Geschworne, wegen eines ihm zur Seite stehenden Befreiungsgrundes die Leistung des Geschwornendienstes verweigern darf (Excusationsrecht); 3) daß manche von den Befreiungsgründen auch deshalb aufgestellt sind, weil man in den Geschwornen vorzugsweise rechtsunkundige Personen haben wollte, und weil man einzelnen Kategorien von Personen die zur Ausübung des Geschwornenamtes erforderliche Unabhängigkeit nicht zugestehen mochte. Haben Geschworne bei der Entscheidung einer Strafsache mitgewirkt, welche nicht Geschworne sein durften, so wird dies auf die Gültigkeit des Verfahrens nur dann einen Einfluß äußern, wenn der Geschworne denjenigen Erfordernissen, von welchen seine Tauglichkeit abhängt, nicht genügt; wogegen eine Nichtigkeit des Verfahrens dann nicht einzutreten hat, wenn Geschworne mitgewirkt haben, welche aus einem anderen Grunde von dem Geschwornendienste frei bleiben sollten, oder doch wenigstens frei bleiben durften. Dieses Princip hat freilich in den verschiedenen positiven Gesetzgebungen verschiedenartige Anwendung gefunden. So beschränkte sich beispielsweise das preußische Gesetz auf folgende Bestimmung: „Das Verfahren ist nichtig, wenn ein Geschworner mitgewirkt hat, welcher die Eigenschaft eines Preußen nicht besitzt, oder sich nicht im Vollgenuß der bürgerlichen Ehre befindet" — während im Gegensatz hierzu das neue sächsische Gesetz vom 14. September 1868 die Zahl der Nichtigkeitsgründe wegen Mängel in der Person der Geschwornen sehr viel weiter ausdehnt.

Alle Personen eines bestimmten Bezirks — Gemeinde, landwirthschaftlicher Kreis, Stadt —, welche zum Geschwornendienst berufen werden können, werden von den Vorstehern des Bezirks (Gemeindevorsteher, Landrath, Magistrat) in den Urlisten verzeichnet. Gegen diese Urlisten sind Reclamationen zulässig, sowohl für diejenigen, welche trotz ihrer Qualification zum Geschwornendienste übergangen, wie auch für diejenigen, welche, obwohl von dem Geschwornendienst befreit, dennoch in der Urliste verzeichnet sind.

Das Verfahren, mittelst dessen aus der Gesammtheit dieser Urlisten die Jahresliste gebildet wird, d. h. das Verzeichniß derjenigen Personen, welche für das kommende Jahr Geschwornencandidaten sind, erfolgt in einzelnen Staaten in der Weise, daß die auf die Jahresliste zu setzenden Geschwornen durch einen hierzu bestimmten Wahlausschuß gewählt werden (Würtemberg, Baiern, Thüringen); in anderen Staaten dagegen (Preußen, Darmstadt — früher auch Kassel —) wird die Jahresliste von dem Regierungspräsidenten, nach dessen alleinigem Gutbefinden, zusammengestellt. In Braunschweig endlich wird eine Jahresliste gar nicht angefertigt, sondern die Gesammtheit der Urlisten gilt zugleich als Jahresliste. Die Dienstliste, d. h. das Verzeichniß derjenigen Personen, welche für die bevorstehende Schwurgerichtssitzung als Geschworne einzuberufen sind, wird in denjenigen Staaten, welche die Jahreslisten aus den Urlisten durch Wahl entstehen lassen, ebenfalls durch Wahl resp. durch Ausloosung aus den Jahreslisten gebildet; während da, wo die Jahresliste durch den Regierungspräsidenten zusammengestellt wird, dieser auch die Dienstliste und zwar in der Weise anfertigt, daß er aus der von ihm zusammengestellten Jahresliste eine Anzahl von Personen (60 resp. 48) auswählt, und das Verzeichniß derselben dem Schwurgerichtspräsidenten übersendet, welcher dann noch eine bestimmte Anzahl wegstreicht und die übrig bleibenden (36 resp. 30) als Geschworne einberuft.

Eine besondere Erwähnung verdient das durch Gesetz vom 14. September 1868 für das Königreich Sachsen vorgeschriebene Verfahren. Nach diesem werden sämmtliche Urlisten an den Director des Bezirksgerichts eingesandt, welcher den Wahlausschuß beruft. Dieser besteht regelmäßig aus dem Director des Bezirksgerichts, der ersten Magistratsperson und dem Stadtverordnetenvorstande der Bezirksstadt, und den von dem Director des Bezirksgerichts zu bestimmenden Vorständen von drei städtischen und von drei ländlichen Gemeinden des Bezirks. Dieser Wahlausschuß wählt aus den Urlisten — und zwar auf je 1000 Einwohner einen Geschwornen — die Geschwornen für das nächste Jahr aus und fertigt hierüber eine Liste an (Bezirksliste). Die sämmtlichen Bezirkslisten des Schwurgerichtsbezirks werden hierauf an das Bezirksgeschwornengericht eingesandt, hier zusammengestellt und durch den Präsidenten der letzten Geschwornengerichtssitzung, oder durch den Director des Bezirksgeschwornengerichts auf die Hälfte reducirt (Jahresliste). Endlich wird, spätestens 14 Tage vor Eröffnung der Sitzungen des Geschwornengerichts in öffentlicher Sitzung desjenigen Bezirksgerichts, in dessen Bezirk das Geschwornengericht zusammentreten soll, die Spruchliste durch Ausloosung von 30 Geschwornen gebildet.

Ist nun für ein Gericht die erforderliche Anzahl tauglicher Richter — rechtsgelehrter und nicht rechtsgelehrter — bestimmt, sind auch die übrigen zur vollständigen Besetzung des Gerichts erforderlichen Beamten, namentlich der Gerichtsschreiber und die Unterbeamten vorhanden, so ist das Gericht in der Lage, die ihm obliegenden Geschäfte erledigen zu können.

Daraus aber, daß ein Richter im allgemeinen befähigt ist, Civil- oder Strafprocesse, sei es allein, sei es in Gemeinschaft mit anderen Richtern, zu entscheiden, folgt noch nicht, daß er auch befähigt ist, jeden einzelnen Rechtsfall zu entscheiden. Der Richter soll unparteiisch sein. Der Richter darf also dann nicht urtheilen, wenn die seiner Entscheidung vorliegende Sache so beschaffen ist, daß er wirklich nicht unparteiisch sein kann, oder wenn wenigstens mit Fug bezweifelt werden darf, daß er unparteiisch sein werde. Der an sich fähige Richter ist dann mit Bezug auf derartige Sachen entweder ein relativ unfähiger oder ein verdächtiger Richter. Ersteres, nämlich die relative Unfähigkeit des Richters, ist namentlich vorhanden, wenn der Richter ein Richter in

eigener Sache sein würde. Dieser Begriff der eigenen Sache ist aber für Civilprocesse dann anzunehmen, wenn der Richter an der zu entscheidenden Sache ein Interesse hat, welches die Thätigkeit des Urtheilens zu beeinflussen geeignet ist — ob dieses der Fall, läßt sich übrigens oftmals nur mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse entscheiden —, im Strafprocesse dagegen ist die eigene Sache vorhanden, wenn das zur Aburtheilung vorliegende Verbrechen gegen den Richter selbst oder gegen die nächsten Angehörigen desselben gerichtet war, oder wenn ein Verbrechen zur Aburtheilung gelangt, in Betreff dessen der Richter selbst oder einer seiner nächsten Angehörigen als Thäter oder Mitschuldiger in Anspruch genommen werden könnte. Ob dagegen letzteres, nämlich die Verdächtigkeit des Richters, vorliege, läßt sich lediglich mit Bezug auf den einzelnen Fall beurtheilen. Als Anhalt für die Entscheidung dieser Frage läßt sich allenfalls anführen, daß Gründe, welche geeignet sein würden, einen Zeugen zu einem verdächtigen zu machen, auch geeignet sind, den Richter als einen verdächtigen Richter (judex suspectus im Gegensatz zum judex inhabilis) hinzustellen, wobei man nicht unberücksichtigt lassen wird, daß einen anderen, weniger suspecten Richter zu finden, in den meisten Fällen leichter sein wird, als einen verdächtigen Zeugen durch einen unverdächtigen zu ersetzen; sodann aber wird der bloße subjective Verdacht einer Partei, wenn derselbe sich nicht auf bestimmte Thatsachen zu stützen vermag, nicht ausreichend sein, die Verdächtigkeit eines Richters zu begründen.

Richter, welche überhaupt nicht befähigt sind, zu richten, — absolut untaugliche Richter — dürfen überhaupt nicht mit der Wahrnehmung richterlicher Functionen betraut werden. Relativ untaugliche oder verdächtige Richter sollen aber in denjenigen Fällen, für welche sie nicht tauglich, resp. verdächtig sind, nicht richten. Handelt es sich dabei um einen Richter, welchem für die Dauer richterliche Functionen übertragen sind — mag es nun ein rechtskundiger, vom Staate angestellter, oder, wie z. B. der aus dem Kaufmannsstande für die Handelsgerichte gewählte, rechtsunkundiger Richter sein —, so muß demselben ad hoc, d. h. für die Aburtheilung dieser Sache, seine richterliche Function entzogen werden, was entweder dadurch geschieht, daß der betreffende Richter sich selbst recusirt, d. h. auf seine Mitwirkung bei der Entscheidung dieser Sache verzichtet, oder dadurch, daß von Amts wegen ein anderer Richter an die Stelle des relativ untauglichen, resp. verdächtigen Richters gestellt wird, oder endlich dadurch, daß eine der streitenden Parteien auf die Entfernung des verdächtigen Richters anträgt (Recusationsgesuch), über welchen Antrag dann verhandelt und an competenter Stelle entschieden wird (Recusationsverfahren). Handelt es sich dagegen um solche Richter, welche, wie dies bei den Geschwornen der Fall, überhaupt nur die Bestimmung haben, in einem Falle richterliche Functionen auszuüben, so kommen diese gar nicht in die richterliche Function hinein. Wenn daher z. B. die 30 auf die Dienstliste gesetzten Geschwornen einberufen sind, so wird, ehe die Bildung der Geschwornenbank für eine bestimmte Sache erfolgt, festgestellt, ob bei dem einen oder dem anderen Geschwornen ein Grund vorliegt, weshalb derselbe in dieser Sache nicht Geschworner sein darf. Es werden demgemäß die Geschwornen aufgefordert, darüber Auskunft zu geben, ob einer von ihnen mit dem Angeschuldigten verwandt oder verschwägert, ob jemand von ihnen durch das zur Verhandlung kommende Verbrechen verletzt ist, ob einer der Geschwornen in der Sache ein Gutachten ertheilt, oder als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist; und nur diejenigen Geschwornen, denen keine der genannten — in den verschiedenen Gesetzen übrigens mit verschiedenen Modalitäten aufgeführten — Hinderungsgründe entgegenstehen, werden zur Bildung der Geschwornenbank für die Aburtheilung des einzelnen Straffalles benutzt. Wenn hierbei sowohl dem Angeschuldigten, wie auch dem Staatsanwalte das Recht zusteht,

Geschworne, deren Namen aus der Urne gezogen ist, abzulehnen, und wenn dieses Ablehnungsrecht nicht nur ohne Angabe von Gründen erfolgt, sondern sogar ohne Angabe von Gründen erfolgen muß, so wird hier dem bloßen subjectiven Meinen von der Verdächtigkeit eines Geschwornen Rechnung getragen, was mit Rücksicht auf die Bedeutsamkeit der Güter, um die es sich in schwurgerichtlichen Strafsachen handelt, wohl gebilligt werden darf.

Der Staat stellt so viele und so verschieden geartete Gerichte auf, daß für die vollständige Beilegung eines jeden Rechtsstreites die erforderlichen Gerichte vorhanden sind Gerichte, welche nicht Staatsgerichte sind, — z. B. Patrimonialgerichte, geistliche Gerichte — gehören der historischen Vergangenheit an, oder sind doch da, wo sie noch existiren, lediglich als veraltete Ueberbleibsel einer vorübergegangenen Zeit zu betrachten. Es ist daher hier ausschließlich von Staatsgerichten zu handeln.

Da für alle Staatsangehörigen gleiches Recht gilt, so würde hieraus folgen, daß auch die Staatsgerichte und mit ihnen die Bedingungen der Rechtsverfolgung für alle Staatsangehörigen die gleichen sein müssen. Man drückt dieses durch die Forderung aus, daß alle Staatsgerichte ordentliche Gerichte, fora communia, an sich für alle Personen und alle Sachen bestimmte Gerichte sein sollen. Nichtsdestoweniger bestehen aber für gewisse Classen von Personen oder für gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten Sondergerichte, fora particularia, mit einer Ausnahmsgerichtsbarkeit. Zu diesen Sondergerichten gehören die Militärgerichte, die Universitätsgerichte, die Berggerichte, die Handelsgerichte, die Gerichte zur Aburtheilung der politischen Verbrechen, z. B. der Staatsgerichtshof in Preußen. Nur dann, wenn zur Entscheidung gewisser Rechtsstreitigkeiten besondere, bei jedem Richter nicht zu vermuthende technische Kenntnisse gehören, werden sich diese Sondergerichte trotz mancher sie begleitenden Mißstände — z. B. Competenzstreitigkeiten mit den ordentlichen Gerichten — dennoch aus Zweckmäßigkeitsrücksichten vertheidigen lassen; nicht zu rechtfertigen sind dieselben, wo sie nichts weiter sind, als historische Reste einer Zeit, in welcher noch jeder Stand seine corporative Jurisdiction besitzen konnte; verwerflich erscheinen sie da, wo ihr Entstehen durch politische Motive veranlaßt worden ist. Von diesen Sondergerichten sind die Privilegirungen hinsichtlich des Gerichtsstandes zu unterscheiden. Diese Privilegirungen, die früher in sehr weitem, jetzt jedoch nur in beschränktem Umfange, namentlich den mediatisirten Reichsständen und den Mitgliedern der landesherrlichen Familien, gewährt werden, bestehen darin, daß den Privilegirten das Recht eingeräumt ist, bei einem höheren Gerichte verklagt zu werden, als die nicht Privilegirten. Die Privilegirten haben daher auch ihren Gerichtsstand bei den ordentlichen Staatsgerichten, aber statt bei einem Untergerichte bei einem Obergerichte, welches dann für die Rechtsstreite der Privilegirten als Gericht erster Instanz fungirt, während es im allgemeinen Gericht zweiter Instanz ist.

Das Verhältniß nun, in welches die einzelnen Gerichte zu einander treten, um dem Rechtsbedürfnisse zu genügen, ist die Gerichtsorganisation. Namentlich wird durch die Gerichtsorganisation bestimmt der Instanzenzug und die Competenz. Außerdem gehören zu den die Gerichtsorganisation betreffenden Vorschriften auch die Bestimmungen über die Hülfeleistungen, welche die einzelnen Gerichte sich gegenseitig zu gewähren haben.

Die Vorschriften in Betreff des Instanzenzuges beruhen auf dem processualischen Grundsatze, daß ein Rechtsstreit durch die Entscheidung eines Gerichtes nur dann als definitiv entschieden gelten dürfe, wenn beide Parteien durch diese erste Entscheidung be-

friedigt sind; daß aber auch im entgegengesetzten Falle die Möglichkeit gegeben sein müsse, das Urtheil einer erneuerten Prüfung und zwar regelmäßig durch ein höheres Gericht zu unterwerfen. Durch das in Deutschland allgemein anerkannte Recht der drei Instanzen entsteht dergestalt eine Ueber= und Unterordnung der einzelnen Gerichte, als einer bestimmten Anzahl von Untergerichten ein Obergericht und sämmtlichen Obergerichten der höchste Gerichtshof des Staates zu dem Zwecke vorgesetzt ist, damit die Obergerichte die von den Untergerichten, der höchste Gerichtshof aber die von den Obergerichten ergangenen Urtheile einer erneuten Prüfung unterziehe. Wenn zur Zeit in Preußen zwei höchste Gerichtshöfe bestehen, das Obertribunal für die alten und das Oberappellationsgericht für die seit dem Jahre 1866 mit Preußen verbundenen Provinzen, so ist dies eine vorübergehende, mit dem Bedürfnisse nach Einheit der Rechtspflege ebenso wenig wie mit Art. 92 der preußischen Verfassungsurkunde zu vereinbarende Einrichtung. Andere Staaten sind zu klein, um für sich allein auch nur ein Gericht dritter Instanz haben zu können; und so haben die großherzoglich und herzoglich sächsischen und die fürstlich reußischen, sowie die schwarzburgischen und anhaltinischen Länder das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Jena; die beiden Mecklenburg das Oberappellationsgericht zu Rostock; Lippe, Schaumburg=Lippe und Waldeck das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel; — die Strafsachen für Waldeck entscheidet seit März 1851 das Obertribunal in Berlin — die drei freien Städte das Oberappellationsgericht zu Lübeck. Uebrigens wird gelegentlich der Emanirung der für Norddeutschland bestimmten Civilproceßordnung es wohl zu erwägen sein, ob nicht eine gemeinschaftliche, in einem gemeinsamen höchsten Gerichtshofe gipfelnde Gerichtsorganisation wenigstens in demselben Umfange, den die Bundesjustizgesetzgebung gemäß der Verfassung des Norddeutschen Bundes einnimmt, im Interesse der Einheit der Rechtsprechung herzustellen sei.

Die Bedeutung der Competenz besteht darin, daß obwohl jedes Gericht zu judiciren befähigt ist, so doch nicht jedes Gericht autorisirt ist, *jede* Rechtsstreitigkeit zu entscheiden, daß es mithin darauf ankommt, jede einzelne Rechtsstreitigkeit an dasjenige Gericht zu bringen, welches gerade diese Rechtsstreitigkeit zu entscheiden autorisirt, d. h für die Entscheidung dieser Rechtsstreitigkeit competent ist, oder, zu dessen Competenz die Entscheidung dieser Rechtsstreitigkeit gehört. Die Frage aber, welches Gericht für die Entscheidung eines Rechtsstreites das competente ist, fällt zusammen mit der Frage, bei welchem Gerichte der *Verklagte* (reus) seinen *Gerichtsstand* hat, d. h. Recht zu nehmen verpflichtet ist. Der Kläger als solcher hat gar kein Gericht, dem er unterworfen wäre; dies ist vielmehr nur bei dem Verklagten der Fall; und der Kläger hat demnach die Aufgabe, den Verklagten an dasjenige Gericht zu verfolgen, welchem der Verklagte unterworfen ist (actor sequitur forum rei). Die einzelnen, die Competenz betreffenden Bestimmungen sind zweckmäßig gesondert für den Civilproceß und für den Strafproceß darzustellen.

A. *Für den Civilproceß.* Für *alle* Klagen gegen eine bestimmte Person, auch wenn für eine derselben noch ein besonderer Gerichtsstand begründet sein sollte, ist dasjenige Gericht competent, in dessen Bezirk der Verklagte seinen Wohnsitz, sein Domicil hat (forum domicilii). Wegen dieses Umstandes, daß bei dem forum domicilii *alle* gegen einen Beklagten zu erhebenden Ansprüche geltend gemacht werden können, heißt das forum domicilii auch das forum *generale*, im Gegensatz zu anderen Gerichten, bei welchen nur Rechtsansprüche gewisser Art gegen einen Verklagten geltend gemacht werden können. Da, wo Jemand dauernd, d. h. bis zum Eintritte eines noch nicht bestimmten Ereignisses, bleiben will und diesen Willen durch concludente Handlungen, also namentlich durch Errichtung eines Hausstandes, documentirt hat, da hat er, ohne daß es auf seinen

Geburtsort, auf seine Gemeinde= oder Staatsangehörigkeit irgendwie ankäme, sein Domicil. Wenn man sein Domicil verlassen hat, so ist man unterwegs; und man hört auf, unterwegs zu sein, sobald man in sein Domicil zurückgekehrt ist. Es kann streitig werden, ob Jemand hier oder anderswo sein Domicil hat. Dieser Streit ist dann lediglich unter Berücksichtigung der concret vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse zu entscheiden. Vagabunden haben kein Domicil; Exterritoriale, z. B. fremde Gesandte, haben ihr Domicil nicht in dem Staate, in welchem sie sich aufhalten, sondern in ihrem Heimathsstaate; juristische Personen an dem Orte, welchen Gesetz oder bestätigtes Statut als ihr Domicil bezeichnen; mehr als ein Domicil haben namentlich diejenigen, welche an verschiedenen Orten einen Geschäftsbetrieb begründet haben. Die Wahl des Domicils ist regelmäßig frei (domicilium voluntarium); dagegen wird Staatsdienern, activen Militärs, Sträflingen, mitunter auch Handelsgesellschaften ein Domicil durch die Staatsgewalt zugewiesen (domicilium necessarium) und wo der Mann sein Domicil hat, da haben es Frau und Kind ebenfalls.

In einzelnen speciellen Sachen hat der Verklagte nicht nur bei dem Gerichte seines Domicils, sondern auch noch bei einem anderen Gerichte seinen Gerichtsstand, so daß der Kläger, wenn es sich um die Verfolgung einer solchen speciellen Sache handelt, die Wahl hat, ob er den Verklagten bei dessen forum domicilii oder bei demjenigen Gerichte, welches für diese specielle Sache competent ist (forum speciale), verfolgen will. Als solche specielle Gerichtsstände (fora specialia) sind folgende anzuführen: 1) Der Gerichtsstand der gelegenen Sache (forum rei sitae); d. h. competent ist dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die Sache, über welche gestritten wird, sich befindet. In einzelnen Gesetzen bleibt dieser Gerichtsstand auf Immobilien beschränkt, in anderen wird er auch auf Mobilien ausgedehnt; bald läßt man dem Kläger die Wahl, ob er die betreffende Sache bei dem forum domicilii, oder bei dem forum rei sitae verfolgen will, bald schreibt man vor, daß die Geltendmachung dinglicher Rechte (z. B. Eigenthumsklagen, Pfand= und Servitutenklagen) ausschließlich bei dem forum rei sitae erfolgen dürfe. 2) Das forum contractus, d. h. dasjenige Gericht, in dessen Sprengel ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, oder dasjenige Gericht, in dessen Sprengel die durch ein Rechtsgeschäft bedingte Zahlung oder sonstige Leistung nach Verabredung der contrahirenden Parteien erfolgen soll (forum solutionis); indem man einerseits davon ausging, daß dasjenige Gericht, in dessen Sprengel der Contract geschlossen wurde, auch competent sein müsse, über die aus diesem Contracte entstehenden Ansprüche zu entscheiden (forum contractus), andererseits dagegen der Auffassung Folge gab, nach welcher trotz der im allgemeinen vorhandenen gesetzlichen Regelung der Competenz doch dem Privatwillen insoweit die Berechtigung nicht versagt werden dürfe, daß, wenn durch die Verabredung der beiden Contrahenten ein Erfüllungsort bestimmt wäre, durch diesen auch das Gericht, welches über die Erfüllung des Contractes zu urtheilen hätte, mit bestimmt sein solle (forum solutionis). Auf demselben Grundgedanken, auf welchem das forum solutionis beruht, beruht auch 3) das forum gestae administrationis, d. h. die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, in welchem eine Verwaltung geführt wurde, für alle aus dieser Verwaltung entstehenden Rechtsansprüche (Rechnungslegung, Erstattung des Saldo, Ansprüche des Verwalters gegen den Geschäftsherrn und umgekehrt). 4) Das forum delicti commissi, der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens. Die civilprocessualische Bedeutung dieses Gerichtsstandes, der übrigens nicht überall, z. B. der Regel nach nicht in den älteren preußischen Provinzen, anerkannt ist, besteht darin, daß derjenige, welcher ein Delict begangen, auch von dem durch dieses Delict Beschädigten an dem Orte für den entstandenen Schaden in Anspruch genommen werden darf, an

welchem das Delict begangen wurde. 5) Man spricht auch von einem forum arresti. Es kann nämlich sowohl vor, wie auch während des Processes, wie auch nach ergangener Sentenz zur Sicherung des Gläubigers die Beschlagnahme gewisser Sachen des Schuldners erfolgen (Arrestanlegung). Die Arrestanlegung erfolgt jedesmal von demjenigen Gerichte, in dessen Bezirke die mit Beschlag zu belegenden Sachen des Schuldners sich befinden, und wenn die Arrestanlegung vor Beginn eines Processes beantragt wird, so befindet dieses Gericht auch darüber, ob der Anspruch, zu dessen Sicherung die Arrestanlegung gefordert wird, soweit begründet ist, daß die Arrestanlegung selbst sich rechtfertigt. Ist indessen der Proceß schon im Gange, so befindet über die Zulässigkeit der Arrestanlegung dasjenige Gericht, bei welchem der Proceß geführt wird, worauf der Arrest selbst in Folge einer Requisiton des Proceßgerichts durch dasjenige Gericht vollzogen wird, in dessen Bezirk sich die mit Beschlag zu belegenden Sachen befinden. Von einem Gerichtsstande des Arrestes, einem forum arresti, würde man aber nur dann sprechen können, wenn die Arrestanlegung dasjenige Gericht, welches dieselbe vollzogen, auch zur Entscheidung des den Arrest veranlassenden Rechtsanspruches competent machen würde, was indessen nicht der Fall ist. Dasselbe, was über die Arrestanlegung von Sachen gesagt ist, gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen zur Sicherung des Schuldners Personalarrest erwirkt wird. Denn das Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 beseitigt den Personalarrest lediglich als Executionsmittel in bürgerlichen Rechtssachen, wogegen diejenigen Vorschriften, welche den Personalarrest gestatten, um die Einleitung und Fortsetzung des Proceßverfahrens, oder die gefährdete Execution zu sichern (Sicherungsarrest), durch die Bundesgesetzgebung unberührt geblieben ist. Gegen Personen, welche kein Domicil haben — Vagabunden —, wird man Rechtsansprüche bei demjenigen Gerichte geltend machen, in dessen Bezirke man sie findet, resp. arretiren läßt — ubi te reperio ibi te judico — und will man in einem solchen Falle von einem Gerichtsstande des Arrestes sprechen, so wird sich dagegen nichts einwenden lassen. 6) Es kann der Fall vorkommen, daß gegen mehrere Beklagte (z. B. A, B, C behaupten, Erben zu sein, während ihnen gegenüber H ein alleiniges Erbrecht geltend zu machen gemeint ist), die ihren Gerichtsstand bei verschiedenen Gerichten haben, zu gleicher Zeit, die Klage zu erheben ist; auch kann es vorkommen, daß zu gleicher Zeit mehrere, aber in verschiedenen Gerichtsbezirken belegene Sachen beansprucht werden. In Fällen dieser Art ordnet die Justizverwaltung, resp. das Gesetz, an, daß, um des Zusammenhanges willen, in welchem diese mehrere Klagen stehen, dasjenige Gericht, welches zwar nur für eine dieser Klagen competent sein würde, dennoch der Zweckmäßigkeit halber für alle Klagen competent sein solle. Für diese durch praktische Bedürfnisse hervorgerufene Erscheinung gebraucht die Theorie — allerdings mit sehr zweifelhafter Berechtigung — den Ausdruck: Gerichtsstand der Connexität (forum continentiae causarum ex identitate personali vel reali).

B. Für den Strafproceß. Hier sind drei Gerichtsstände anzuführen. Es wird nämlich ein Gericht competent, eine Strafsache zu entscheiden: 1) wenn das Verbrechen innerhalb seines Sprengels begangen ist (forum delicti commissi); als Ort des begangenen Verbrechens gilt in dieser Beziehung derjenige Ort, an welchem der Thäter bei Begehung des Verbrechens sich befand; 2) wenn der Verbrecher innerhalb des Gerichtssprengels sein Domicil hatte (forum domicilii); wobei über das Vorhandensein des Domicils die gleichen Grundsätze maßgebend sind, wie dieselben oben in Betreff des civilprocessualischen forum domicilii aufgestellt sind; 3) wenn der Verbrecher innerhalb des Gerichtssprengels ergriffen ist (forum deprehensionis); die Competenz wird in diesem Falle durch die Thatsache der Ergreifung begründet und kann die einmal be-

gründete Competenz dadurch, daß der Verbrecher die Flucht ergreift, nicht aufgehoben werden.

Die Stellung, welche die einzelnen deutschen Strafproceßordnungen diesen drei Gerichtsständen gegenüber einnehmen, ist eine verschiedene. Die preußischen Gesetze erklären alle drei Gerichtsstände für gleichberechtigt. Wenn demnach ein Verbrecher in Königsberg wohnt, in Berlin stiehlt und in Hannover ergriffen wird, so kann gegen ihn an jedem der genannten Orte procedirt werden, und kommt es nur darauf an, bei welchem der drei Gerichte der Staatsanwalt zuerst die Strafklage erhebt; auch wenn dies geschehen, kann, bis zur Publication des Erkenntnisses der ersten Instanz, das höhere Gericht aus Zweckmäßigkeitsrücksichten anordnen, daß nicht dasjenige Gericht, bei welchem die Strafklage erhoben, sondern ein anderes der competenten Gerichte über die betreffende Sache entscheide. Andere Gesetze dagegen erkennen die Gleichberechtigung der drei Gerichtsstände nicht an, indem theils das forum deprehensionis nur als ein aushülfsweise eintretendes Gericht angesehen, theils das forum domicilii als Gerichtsstand in Strafsachen ganz übergangen, wie dies z. B. in Baiern der Fall ist, oder doch nur für einzelne Ausnahmsfälle anerkannt wird.

In ähnlicher Weise, wie dies für den Civilproceß zu behaupten war, äußert auch im Strafproceß der Zusammenhang mehrerer Strafsachen — die Connexität — einen Einfluß auf die Competenz. Die Connexität entsteht theils dadurch, daß ein Verbrechen von mehreren Betheiligten, oder daß von einem Thäter mehrere Verbrechen begangen wurden. Beide Arten der Connexität können das praktische Bedürfniß der gemeinschaftlichen Verhandlung entstehen lassen; aber ebenso ist es möglich, daß die Verhandlung der connexen Sachen sich zweckmäßiger gestaltet, wenn über jedes der connexen Verbrechen gesondert verhandelt wird. Deshalb vermeiden es die meisten Gesetze, Bestimmungen darüber zu treffen, wann ein Gericht, welches sonst zur Aburtheilung einer Strafsache nicht competent sein würde, doch deshalb competent werden solle, weil die betreffende Strafsache mit einer anderen, für welche dieses Gericht competent ist, im Zusammenhang steht. Vielmehr beschränkt man sich meistens auf die allgemeine Bestimmung, daß zusammenhängende Strafsachen behufs der Untersuchung und Entscheidung mit einander vereinigt werden können. Und diese Wirkung der Connexität bezieht sich nicht nur auf die örtliche, sondern auch auf die sachliche Competenz der verschiedenen Strafgerichte, von welcher letzteren weiter unten zu handeln ist. Auch in Folge des Auftrags eines höheren Gerichts kann ein sonst nicht competentes Strafgericht competent werden. So bestimmt beispielsweise §. 41 der Proceßordnung für die neuen preußischen Provinzen: „In folgenden Fällen muß an Stelle des an sich zuständigen Gerichts das gleichstehende Gericht eines anderen, möglichst nahe belegenen Sprengels mit der Untersuchung und Entscheidung beauftragt werden: 1) wenn wegen irgend eines Hindernisses eine Sache bei dem ersteren Gericht nicht erledigt werden kann; 2) wenn von der Verhandlung bei demselben eine Störung der öffentlichen Ordnung zu befürchten ist; 3) wenn gegründete Besorgniß vorliegt, daß die bei diesem Gerichte zur Mitwirkung berufenen Geschwornen für die besondere Sache der genügenden Unbefangenheit entbehren würden."

In dieser Weise regelt sich die örtliche Competenz der Strafgerichte. Neben dieser kommt aber noch die sachliche Competenz in Betracht. Die Grundsätze der örtlichen Competenz entscheiden, in welchem Gerichtsbezirke eine Strafsache zur Entscheidung kommt. Aber innerhalb dieses Bezirkes gibt es entsprechend der verschiedenen Schwere der Strafsachen verschiedene Arten der erkennenden Strafgerichte. Im Anschlusse an die von dem französischen Strafrechte beliebte Dreitheilung der strafbaren Handlungen — Verbrechen,

Vergehen, Uebertretungen — hat man in der neueren deutschen Strafproceßgesetzgebung auch drei Arten der erkennenden Strafgerichte unterschieden und weist, allerdings nur der Regel nach, die schwersten Straffälle, die Verbrechen, den Geschwornengerichten zu, während die minder schweren Fälle, die Vergehen, von collegialischen ausschließlich mit rechtsgelehrten Richtern besetzten Gerichten entschieden werden und die Entscheidung der leichtesten Straffälle, der Uebertretungen, den Einzelrichtern zufällt. Diese Regel ist aber vielfach durch Ausnahmen modificirt und diese haben meistens die Tendenz, dem kürzeren Verfahren der Gerichte niederer Ordnung eine weitere Ausdehnung zu geben, indem man ihnen Strafsachen zur Entscheidung zuwies, welche nach der Größe ihrer Strafbarkeit von einem Gerichte höherer Ordnung zu entscheiden gewesen wären. So weisen beispielsweise preußische Gesetze (1852, 1856) die Aburtheilung einzelner Verbrechen vor die Gerichtsabtheilung und die Aburtheilung einzelner Vergehen vor die Einzelrichter. Das Umgekehrte hat dagegen nicht stattgefunden. Denn wenn auch anfänglich in Preußen Vergehen, vorausgesetzt, daß sie durch die Presse begangen waren, zur Competenz der Geschwornengerichte gehörten, so erinnerte man sich doch bald daran, daß die Geschwornengerichte nur über Verbrechen abzuurtheilen hätten und entzog ihnen demgemäß die Judicatur über Preßvergehen, wobei denn auch noch einzelne „Verbrechen", nämlich die politischen Verbrechen, den Geschwornengerichten verloren gingen und statt dessen dem Staatsgerichtshofe zugewiesen wurden. An dieser Geschäftsvertheilung unter die verschiedenen Arten der Strafgerichte wird die bevorstehende deutsche Strafproceßgesetzgebung manches zu ändern haben. Zunächst wird jedes Ausnahmegericht für politische Verbrechen zu beseitigen sein, da, gleichviel wie sonst die Verhältnisse liegen mögen, im Interesse der Rechtspflege selbst der Schein vermieden werden muß, als käme es bei Aburtheilung der Strafsachen außer auf die Realisirung des Rechts auch noch auf die Realisirung anderer, namentlich politischer Bestrebungen an. Sodann aber wird die Entscheidung der Frage, welche Strafsachen dem Geschwornengerichte zuzuweisen sind, allerdings von der Bedeutsamkeit der Strafsachen abhängig zu machen, diese Bedeutsamkeit aber nicht blos nach der Höhe der angedrohten Strafe zu bemessen sein. Wenn namentlich in Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung durch die Presse, oder durch Reden in öffentlichen Versammlungen die Strafgesetze verletzt wurden, so bemißt sich die Bedeutsamkeit derartiger Delicte keineswegs blos nach der Schwere der angedrohten Strafe, sondern auch nach der Bedeutsamkeit des Rechts der freien Meinungsäußerung, über dessen Umfang in Processen dieser Art mit entschieden wird. Außerdem dürfte es durchaus fraglich sein, ob außer Geschwornengerichten und Einzelrichtern noch die rechtsgelehrten collegialischen Gerichte erforderlich sind, oder ob es nicht vollkommen ausreichend wäre, wenn die Aburtheilung der Strafsachen entweder durch Geschwornengerichte oder durch Einzelrichter, vielleicht mit Zuziehung von Schöffen, erfolgt.

Der Instanzenzug ist bei den Strafgerichten der gleiche, wie bei den Civilgerichten. Untergerichte entscheiden in erster Instanz — vereinzelte Privilegien, denen zufolge in erster Instanz ein Obergericht entscheidet, können hier übergangen werden — die Obergerichte und der höchste Gerichtshof in den höheren Instanzen, wobei dann allerdings zu bemerken ist, daß keineswegs in allen Strafsachen das Recht der drei Instanzen anerkannt ist, daß man sich vielmehr bei sehr vielen und zwar mit bei den bedeutendsten mit zwei Instanzen begnügt.

Außer den erkennenden Strafgerichten kommen noch die Voruntersuchungsgerichte in Betracht. Diese bestehen aus dem Untersuchungsrichter, welcher präsumtiv mit Unterstützung des Gerichtsschreibers sämmtliche Untersuchungshandlungen selbstständig vornimmt, und zweien anderen Richtern, welche gemeinschaftlich mit dem Untersuchungs=

richter diejenigen Beschlüsse fassen, die ausnahmsweise collegialisch gefaßt werden müssen, wie z. B. der Beschluß über die Verhaftung eines Angeschuldigten. Dieses Voruntersuchungsgericht ist auch zugleich Anklagekammer, d. h. es entscheidet, ob und vor welchem erkennenden Strafgerichte über einen Straffall zu entscheiden ist. In Strafsachen, welche zur Competenz der Geschwornengerichte gehören, ist ein derartiger Beschluß des Untersuchungsgerichtes nur ein provisorischer, welcher erst in Folge einer nochmaligen Prüfung durch den Anklagesenat des Obergerichts zu einem definitiven gemacht wird. Einzelne deutsche Gesetze (wie z. B. die thüringische Strafproceßordnung) bestimmen auch, daß das Voruntersuchungsgericht in Schwurgerichtssachen gar nicht beschließen, sondern die Voruntersuchungsacten zur alleinigen Beschlußfassung über die Erhebung der Anklage an die Anklagekammer des Obergerichts einsenden soll.

II. Die Parteien.

Ob und inwieweit im Strafprocesse überhaupt von Parteien die Rede sein kann, das hängt von dem Fundamentalprincipe ab, nach welchem das Strafverfahren organisirt ist. Die Frage, welche sich auf die Parteien im Strafprocesse bezieht, wird demnach weiter unten, wo über die processualischen Maximen überhaupt zu handeln ist, beantwortet werden. An dieser Stelle bleibt daher nur übrig, dasjenige anzuführen, was sich auf die Parteien im Civilprocesse bezieht. Kläger ist derjenige, welcher durch das Erkenntniß des Richters einen positiven Vortheil über seinen Gegner zu erringen sucht, bestünde dieser Vortheil auch nur in der Anerkennung eines Rechtes, welches der Gegner wörtlich oder factisch bestreitet. Das Schlimmste, was dem Kläger als solchem begegnen kann, ist die definitive Abweisung seiner Klage; ärmer als zuvor kann der Kläger als solcher durch den Proceß nicht werden. Denn selbst seine Verurtheilung zu den Proceßkosten erfolgt in Folge eines gegen ihn seitens des Verklagten erhobenen Angriffes, welcher in der Form eines auf die Proceßgesetze gestützten Gesuches erfolgt. Beklagter ist derjenige, welcher sich dem Angriffe des Klägers widersetzt, der sich in seiner bisherigen Lage behaupten, dieselbe aber nicht verbessern will. Die günstigste Folge, welche für den Verklagten aus dem Proceß sich ergeben kann, ist die definitive Entbindung von der Klage; kein Verklagter kann als solcher durch den Proceß reicher werden. Und wenn der Verklagte, um sich gegen eine Klage zu vertheidigen, einen ihm gegen den Kläger zustehenden Gegenanspruch erhebt, so wird er nur so lange Verklagter bleiben, als er diesen Gegenanspruch ausschließlich dazu benutzt, um den Kläger zurückzuweisen; er wird dagegen Kläger — Wiederkläger —, wenn er in Folge der von dem Kläger gegen ihn erhobenen Klage kraft seines ihm gegen den Kläger zustehenden Gegenanspruches die Verurtheilung des letzteren, und zwar in demselben Processe, betreibt. In jedem Civilprocesse müssen Kläger und Beklagter existiren; außer Kläger und Verklagtem gibt es keine weitere Partei, wenn auch auf der Seite einer jeden dieser beiden Parteien mehr als eine Person thätig werden kann. (Streitgenossen, welche, wenn sie auf der Seite des Klägers, active, wenn sie auf der Seite des Verklagten vorhanden sind, passive Streitgenossen heißen.) Bei der Streitgenossenschaft kämpfen die mehreren auf einer Parteiseite stehenden Personen entweder direct und unmittelbar für sich selber — z. B. drei Personen, welche, gleichviel ob zu gleichen oder ungleichen Theilen, ein Landgut von dem jetzigen Inhaber für sich beanspruchen; oder zwei Erben, welche von dem Gläubiger ihres Erblassers wegen einer Schuld des letzteren verklagt werden — und heißen dann eigentliche Streitgenossen (litis consortes proprii); oder von den meh-

reren Streitgenossen hat der eine nur das Interesse, daß der andere obsiege; — z. B. A nimmt gegen B eine Servitut in Anspruch, welche nach der in der Klage des A aufgestellten Behauptung auf dem Hause des B ruhen soll. X, welcher dem B dieses Haus als ein mit einer Servitut nicht belastetes verkaufte, hat das Interesse, daß B nicht verurtheilt werde, weil er ihn andernfalls entschädigen müßte; und so wird X Streitgenosse des B, nicht um selbst einen Proceß zu gewinnen, sondern, um durch seine Hülfe den B den Proceß gewinnen zu lassen — und in diesem Falle heißen die Streitgenossen uneigentliche Streitgenossen (litis consortes improprii). Diese zweite Art der Streitgenossenschaft, das litis consortium improprium, gestaltet sich nun bald so, daß der dem anderen helfende Streitgenosse auf eigenen Antrieb seine Hülfe gewährt (Intervention), wobei dann die processualische Frage durch Doctrin und Gesetzgebung zu beantworten ist, in welchen Fällen eine Partei sich die Intervention einer dritten Person gefallen lassen muß; bald so, daß die Hülfe des Streitgenossen erst dann eintritt, wenn sie von direct Betheiligten gefordert wird (die Streitgenossenschaft ist dann Folge der Litis-Denunciation), wobei dann die processualische Frage entsteht, in welchen Fällen zur Vermeidung etwaiger Nachtheile die streitende Partei verpflichtet ist, einer dritten Person litem zu denunciren, d. h. ihr, dieser dritten Person, die Möglichkeit zu gewähren, bei der Führung des Processes helfend dahin zu wirken, daß bei der Proceßführung nichts versehen werde; denn ginge der Proceß für die Partei verloren, so würde diejenige Person, an welche die Litis-Denunciation erfolgen müßte, der unterliegenden Partei für den Verlust des Streitobjectes einzustehen, d. h. Eviction zu prästiren haben und hieraus ergibt sich das indirecte Interesse des Evictionspflichtigen, sich an der Proceßführung als Streitgenosse zu betheiligen.

Fähig einen Proceß zu führen, d. h. als Kläger vor Gericht aufzutreten oder als Verklagter vor Gericht vorgeladen zu werden, sind nur solche Personen, welche selbstständig vermögensrechtliche Dispositionen treffen können. Diese Fähigkeit (persona legitima standi in judicio) haben physische und juristische Personen. Letzteren stehen die Handelsgesellschaften gleich, welche unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, wogegen bei Einzelgeschäften der Inhaber derselben klagt und verklagt wird. Wer dagegen außergerichtlich Rechtsverbindlichkeiten nicht einzugehen im Stande ist, dem fehlt die Fähigkeit zur Proceßführung. Demnach klagt nicht der Bevormundete oder der furiosus, sondern an ihrer Stelle geschieht dies durch den Vormund oder den curator furiosi; nicht der Minderjährige wird als Verklagter vorgeladen, sondern an seiner Stelle der Vormund. Das Gericht hat von Amts wegen darauf zu sehen, daß den als Proceßparteien auftretenden Personen die persona legitima standi in judicio nicht fehle. Würde eine Person, bei welcher diese Voraussetzung nicht zutrifft, als Partei einen Proceß geführt haben, so würde ein solches Verfahren ein nichtiges sein, namentlich dann, wenn die Fähigkeit der Proceßführung nicht blos im Interesse der einzelnen Personen, sondern im öffentlichen Interesse an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist.

Diese allgemeine Fähigkeit, überhaupt Processe führen zu können, befähigt aber natürlich nicht Jeden, jeden Proceß führen zu können; vielmehr muß Jeder, welcher gegen einen Anderen einen Rechtsanspruch vor Gericht geltend machen will, darthun, daß gerade er legitimirt sei, diesen Rechtsanspruch geltend zu machen, und zwar gerade gegen den von ihm benannten Verklagten. Man bezeichnet dies in der Proceßtheorie mit dem Ausdrucke, der Kläger müsse ad causam legitimirt sein und nennt legitimatio ad causam activa die Anführung derjenigen Thatsachen, aus denen es klar wird, daß diese Person berechtigt sei, als Kläger aufzutreten, und mit dem Ausdrucke legitimatio ad causam passiva bezeichnet man die Anführung derjenigen Thatsachen, durch welche dargethan wird, daß

gerade dieser Verklagte auch der richtige Verklagte sei. In den meisten Fällen wird es übrigens nicht nöthig sein, um des Legitimationspunktes willen irgend eine Thatsache anzuführen, welche nicht auch so wie so zur Begründung der Klage angeführt werden müßte. Denn wenn A gegen B beispielsweise in folgender Weise klagt: Am 1. Juli habe ich dem B 100 Thlr. als Darlehn gegeben und hat sich B verpflichtet, diese 100 Thlr. am 1. October zurückzuzahlen; nun ist B dieser seiner Verpflichtung nicht nachgekommen; ich sehe mich daher genöthigt, gegen denselben zu klagen und beantrage u. s. w. — so enthält die Anführung dieser Thatsachen alles dasjenige, was erforderlich ist, um zu begründen, daß A berechtigt ist zu klagen und zwar gegen B als gegen den richtigen Verklagten. Aber jede der angeführten Thatsachen war auch anzuführen, wenn A gegen B die Darlehnsklage begründen wollte. Wenn aber beispielsweise die Klageschrift folgende Angaben enthielte: Am 1. Juli gab X dem Y ein jederzeit kündbares Darlehn von 100 Thlrn.; dieses Darlehn ist bis jetzt noch nicht zurückgezahlt, folglich klage ich, der A, gegen B — so weiß man in keiner Weise, wie aus einem von X an Y gegebenen Darlehn A berechtigt sein kann, gegen B zu klagen. Deshalb wird es erforderlich, daß A, um dem Erfordernisse der legitimatio ad causam zu genügen, in seiner Klageschrift anführt, daß er Erbe des X geworden, mithin die Forderungen des X auf ihn übergegangen seien — damit ist die legitimatio ad causam activa gegeben — und daß ebenso auch B Erbe des Y geworden und somit verpflichtet sei, die Schulden seines Erblassers zu bezahlen — womit die legitimatio ad causam passiva gegeben ist. Aber nicht blos derartige Universalsuccessionen, sondern auch andere Verhältnisse geben Veranlassung besondere zur Feststellung des Legitimationspunktes erforderliche Thatsachen anzuführen. Wenn beispielsweise A klagt, weil der Verklagte ihm ein Servitutrecht bestreitet, so muß er behaupten, Eigenthümer des seiner Ansicht nach servitutberechtigten Grundstückes zu sein, weil er nur unter dieser Voraussetzung berechtigt ist, das mit einem Grundstücke verbundene Servitutrecht klagbar zu verfolgen. Unter allen Umständen gehört aber die Anführung derjenigen Thatsachen, welche um der legitimatio ad causam willen angeführt werden, zu demjenigen Theile der Klagschrift, welcher die Geschichtserzählung, der thatsächliche Klaggrund, genannt wird — worüber noch weiter unten zu handeln ist — und die processualische Behandlung der den Legitimationspunkt betreffenden Thatsachen ist in keiner Weise verschieden von der processualischen Behandlung irgend einer anderen zur Geschichtserzählung gehörenden Thatsache.

Wer nun persona legitima standi in judicio hat, wer ferner den Anforderungen der legitimatio ad causam als Kläger, und hinsichtlich der Exceptionen und der Widerklage als Verklagter gerecht geworden ist, kann den Proceß führen und braucht hierzu regelmäßig keinen weiteren Beistand, falls er sich nämlich die erforderlichen Rechtskenntnisse und die erforderliche Erfahrung zutraut, um eine weitere Unterstützung entbehren zu können. In den meisten Fällen ist dies nun aber nicht der Fall, sondern die Parteien bedienen sich des Beistandes rechtskundiger Personen, der Advokaten, Rechtsanwälte u. s. w., ja für manche processualische Acte ist es sogar ausdrücklich vorgeschrieben, daß sie von den Parteien nur unter Beistand eines Advokaten vorgenommen werden dürfen (Advokatenzwang). Die Anwälte treten in einem Processe entweder neben der Partei auf — dann werden sie speciell Advokaten, im Strafprocesse Vertheidiger, genannt — bald fungiren sie an Stelle des Klägers oder des Verklagten — und dann sind sie Vertreter der Partei, Procuratoren. Anwalt kann nur derjenige sein, welcher als hiezu befähigt von der Staatsgewalt anerkannt ist. Auch wenn man von der „Freigebung der Advokatur" spricht, will man damit nichts weiter sagen, als daß alle diejenigen, welche ihre Qualification dargethan haben, auch das Anwaltsgewerbe ausüben dürfen, wo und wie sie wollen. Im Gegensatze hievon wird aber im größten Theile Deutschlands dieses

nicht gestattet, sondern es behält sich die Staatsgewalt vor, die ihrer Ansicht nach erforderliche Anzahl von Advokaten und zwar mit Beschränkung ihrer Thätigkeit auf diejenigen Orte, an welchen nach der Ansicht der Regierung Advokaten gebraucht werden, in ganz ähnlicher Weise, wie auch andere Staatsbeamte, anzustellen. Zur Vertretung einer Partei im Processe wird der Anwalt durch die Vollmacht legitimirt. Das ist seine legitimatio ad processum. Diese Proceßvollmacht autorisirt den Vertreter, jede Proceßhandlung statt seines Auftraggebers vorzunehmen, falls nicht die Vornahme einer an sich unvertretbaren Handlung, wie der Leistung eines Eides, nothwendig wird, oder falls das Gericht z. B. bei einem Vergleichsversuche das persönliche Erscheinen der Parteien für nöthig erachtet. Ueberdem sind in den Proceßgesetzen einzelne Proceßhandlungen besonders bezeichnet, zu deren Vornahme der Vertreter nur dann autorisirt sein soll, wenn dieses ausdrücklich in der Vollmacht ausgesprochen ist. Der bevollmächtigte Vertreter steht dem Gerichte und der gegnerischen Partei processualisch so gegenüber, als ob er selbst Partei wäre. Die von ihm gestellten Anträge gelten als von der Partei gestellt, durch die vom Gerichte an ihn erlassenen Ladungen gilt die Partei als geladen u. s. w.

Durch die Vollmacht wird jeder Vertreter allerdings nur für seine Person berechtigt, seinen Mandanten zu vertreten. Es ist indessen gestattet, daß der Bevollmächtigte für einzelne Handlungen die ihm ertheilte Vollmacht auf einen Anderen übertragen, sich selbst einen Anderen substituiren darf. Bald ist hiezu eine besondere Willenserklärung der bevollmächtigenden Partei erforderlich — clausula substituendi — bald nimmt man an, daß stillschweigend mit jeder Proceßvollmacht das Substitutionsrecht mit gewährt sei, selbst in dem Umfange, daß der ursprünglich bevollmächtigte Mandatar berechtigt sei, durch die Substitution den Anwalt für die höhere Instanz oder für die Executionsinstanz zu bestimmen.

Weiter als für den Umfang eines Processes reicht eine Vollmacht präsumtiv nicht. Soll dieses geschehen, soll der Mandatar bevollmächtigt werden, die Vertretung Jemandes über die Grenzen eines Processes hinaus wahrzunehmen, so muß er hiezu durch eine Generalvollmacht autorisirt werden, der gegenüber dann die zur Führung eines einzelnen Processes ermächtigende Vollmacht Specialvollmacht genannt wird.

In dem Processe kommen nun außer den bevollmächtigten, auch nicht bevollmächtigte Vertreter vor. Faßt man die Vollmacht auf als Beweis dafür, daß zwischen der Partei und ihrem Vertreter Einverständniß vorhanden sei, so konnte man auch dahin gelangen, zu behaupten, dieses Einverständniß sei bei einander nahe stehenden Personen zu vermuthen, so lange, bis diese Vermuthung widerlegt wäre. So ließ man es kraft eines mandatum praesumtum zu, daß Ascendenten und Descendenten, Geschwister, Verschwägerte bis zum zweiten Grade sich gegenseitig vertreten durften, man gestattete, daß der Ehemann die Frau, daß ein Litisconsorte den anderen vertreten durfte. In neuerer Zeit ist dagegen diese vollmachtlose Vertretung auf diejenigen Fälle, in welchen Gefahr im Verzuge vorliegt, beschränkt; oder man läßt auch wohl vollmachtlose Vertreter vorläufig und unter der Voraussetzung, daß sie eine Vollmacht nachträglich beibringen, zur Vertretung zu.

Dagegen wird in anderen Fällen eine Vertretung nothwendig, und zwar ohne daß die Vertretenen auch nur in der Lage sind, eine Vollmacht ausstellen zu können. Dies findet statt mit Bezug auf alle diejenigen Rechtssubjecte, welche nicht handlungsfähig sind, und welchen wegen dieser fehlenden Dispositionsfähigkeit auch die persona legitima standi in judicio fehlt. Die Rechtsverhältnisse der Minderjährigen, der unter Curatel gestellten Geisteskranken oder Verschwender können die Führung eines Processes nothwendig machen. Das Gleiche ist bei juristischen Personen, bei Vermögensmassen, wie Erbschaftsmassen, Concursmassen, der Fall. In allen diesen Fällen muß natürlich ein Vertreter

des Proceßsubjectes den Proceß führen, und zwar deshalb, weil ein solcher Vertreter, der Vormund des Minorennen, der Curator des Geisteskranken, des Verschwenders, der Syndicus der Corporation, der Curator der Erbschaftsmasse durch seine Person die fehlende Handlungsfähigkeit der von ihm Vertretenen ergänzt. Diese s. g. nothwendige Vertretung ist daher auch processualisch etwas ganz anderes als die auf ertheilter oder präsumtiver Vollmacht beruhende. Letztere gewährt dem Vertreter die legitimatio ad processum und nur diese. Diejenige Vertretung aber, welche man mit dem Namen der nothwendigen Vertretung bezeichnet, überträgt auf den Vertreter die persona legitima standi in judicio, welche die Dispositionsunfähigen, resp. Handlungsunfähigen nicht haben. Deshalb ist dieser s. g. nothwendige Vertreter, processualisch betrachtet, nicht Vertreter einer Partei, sondern selbst Partei und als Partei befugt, einen Vertreter durch Vollmacht zur Proceßführung zu legitimiren.

III. Gegenstand des Processes.

Den Gegenstand des Processes bilden die Justizsachen. Unter Justizsachen aber sind solche Rechtsansprüche zu verstehen, welche, falls hiezu Veranlassung geboten, vor den unabhängigen Staatsgerichten zur Geltung zu bringen sind. Es leuchtet ein, daß hiemit nichts weiter als ein idem per idem gegeben ist, da ja gerade die Frage eine Beantwortung wünschenswerth macht, welche Rechtsansprüche vor den Gerichten zum Austrage zu bringen sind, und welche vor den Gerichten nicht zum Austrage gebracht werden dürfen, sondern als Administrativsachen von den Verwaltungsbehörden zu erledigen sind. Und doch wird man trotz aller Mühe, die aufgewandt worden ist, um eine begriffliche Unterscheidung zwischen Justizsachen und Administrativsachen herbeizuführen, kaum zu einem anderen Resultate als zu dem gelangen, daß Justizsachen solche Rechtssachen sind, welche von Gerichten, und Administrativsachen solche, welche von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden sind. Gelänge es aber, eine theoretische Begriffsbestimmung der Justizsachen im Gegensatze der Administrativsachen zu allgemeiner Befriedigung aufzustellen, so würde, sobald man mit einer solchen theoretischen Begriffsbestimmung der bestehenden Praxis in den einzelnen deutschen Staaten gegenüberträte, es sich zeigen, daß dieselbe mit den Erscheinungen des praktischen Rechtslebens nicht übereinstimme, daß sie demnach mehr eine theoretische Forderung als eine begriffliche Erklärung des Bestehenden enthalte. Hat man sich doch auch in der Theorie genöthigt gesehen, außer den Justizsachen und den Administrativsachen noch ein Drittes, nämlich die Justiz-Administrativsachen anzunehmen und mit diesem Ausdrucke solche Rechtssachen zu bezeichnen, welche entsprechend der theoretischen Definition als Justizsachen vor die Gerichte gehören müßten, doch aber thatsächlich von den Verwaltungsbehörden entschieden werden und umgekehrt.

Es leuchtet ein, daß, wenn es nicht verschiedene Behörden gibt, von denen die einen Justiz-, die anderen Administrativbehörden sind, der Streit darüber, ob eine bestimmte Rechtssache Justiz- oder Administrativsache sei, gar nicht entstehen kann. Dieser oft beregte Unterschied entsteht vielmehr erst, seitdem das moderne Staatsleben eine Trennung der Justiz- und Administrativbehörden vorgenommen hat, seitdem die Gerichte von der Staatsgewalt unabhängige Behörden wurden, ohne daß jedoch die Entscheidung aller vermögensrechtlichen Ansprüche — denn nur für diese hat die hier in Frage stehende Unterscheidung eine praktische Bedeutung — den unabhängigen Gerichten übertragen wurde. Denn die Befugniß des Staates, im allgemeinen Interesse Anordnungen zu

treffen, kommt nicht selten in Conflict mit dem Vermögensrecht der einzelnen Staatsangehörigen. Es ist dies bei jeder Steuererhebung, bei jeder im staatlichen Interesse vorgenommenen Expropriation, bei jeder auf Grund eines Gesetzes oder einer bestehenden Gewohnheit zu gewährenden Leistung, z. B. zum Unterhalte der Kirche, der Schule u. s. w., der Fall; und nicht blos in Geldzahlungen braucht die fragliche Leistung zu bestehen, sie kann ebenso gut eine Leistung von persönlichen Diensten sein wie hiefür die allgemeine Militärpflicht das hauptsächlichste Beispiel darbietet. Wenn nun ein Streit entstände, ob A so viel Steuern zu zahlen habe, als die Steuerbehörde von ihm fordert, oder wie viel weniger; ob B das Holz zum Neubau eines Schulgebäudes unentgeltlich zu liefern; ob C der Militärpflicht zu genügen habe, oder von derselben befreit sei; ob D es sich gefallen lassen müsse, daß durch sein Landgut eine Eisenbahn gelegt werde, oder ob dies nicht der Fall; — so wird man in der Natur derartiger Rechtsstreitigkeiten an sich keinen Grund finden, weshalb die Gerichte über dieselben nicht ebenso gut sollten entscheiden können, wie die Verwaltungsbehörden. Denn in diesen, wie in anderen, das Vermögensrecht betreffenden Streitigkeiten kommt es darauf an, die bestehenden Gesetze auf den vorliegenden streitigen Fall in Anwendung zu bringen und dies nach richtigen Grundsätzen zu thun, darin besteht ja gerade die richterliche Kunst. Wenn demnach Verwaltungsbehörden statt der richterlichen Behörden Streitigkeiten der bezeichneten Art zu entscheiden berufen werden, so üben die Verwaltungsbehörden der Sache nach eine Art der Judicatur aus; aber sie üben diese Judicatur aus, weder nach den Formen des Civilproceßrechts, noch auch in der Stellung eines von der Staatsgewalt unabhängigen Richters. Will man nun behaupten, das öffentliche Interesse gestatte es nicht, daß der Staat warte, bis seine ihm von Privaten bestrittenen Ansprüche unter Anwendung der oft weitläufigen Formalitäten des Civilprocesses entschieden wären, so würde eine derartige Behauptung zwar an sich gerechtfertigt sein, doch aber aus ihr nur folgen, daß über Ansprüche der bezeichneten Art in einer kürzeren Weise entschieden werden müßte, keineswegs aber, daß die Entscheidung den Gerichten überhaupt zu entziehen sei. Und wenn man glaubt, daß in der gebotenen Kürze der Form nur Verwaltungsbehörden, nicht aber Gerichte entscheiden können, so würde es noch immer möglich sein, daß entweder der vorläufige Entscheid der Verwaltungsbehörde zwar befolgt, aber durch ein von dem Verletzten veranlaßtes gerichtliches Verfahren von neuem geprüft und definitiv festgestellt werde, oder daß die Beschwerde über Verfügungen der Verwaltungsbehörden an letzter Stelle, wenn auch nicht von einem Gerichte, so doch durch eine von der jeweiligen Staatsregierung unabhängige Verwaltungsbehörde — Staatsrath — entschieden würde. Geht man dagegen von der Ansicht aus, daß der Staat in den an die Unterthanen zu stellenden Anforderungen sich dem Spruche der Gerichte überhaupt nicht, oder doch nur für seine privatrechtliche Persönlichkeit (Fiscus) unterwerfen dürfe, so ist dies deshalb nicht gerechtfertigt, weil von diesem Gesichtspunkte aus der Staat seinen Angehörigen gegenüber als Partei und Richter gegenübertritt, und ein Richter, welcher zugleich Partei ist, die richterlichen Pflichten entweder nicht in erforderlicher Weise wahrnehmen kann, oder doch nicht wahrnehmen zu können scheint — was so ziemlich auf dasselbe herauskommt. Und hieran wird auch nichts geändert, wenn der Staat etwa prätendiren wollte, durch die Organe der Verwaltungsbehörden das bestehende Recht und somit den Umfang seiner Befugnisse besser zu kennen, als die einzelnen zu Leistungen herangezogenen Staatsangehörigen. Jeglicher Rechtsgrundlage würde aber eine Anschauung entbehren, welche vermeinte, mit Hülfe der Verwaltungsbehörden die Staatsangehörigen auch ohne Gesetz zu Leistungen heranziehen zu können; eine Anschauung, die nur dann entstehen kann, wenn man es für möglich hält, einen Staat auch anders als nach den Vorschriften der Gesetze regieren zu können.

Der Umstand nun, daß über vermögensrechtliche Rechtsansprüche gewisser Art die Gerichte nicht competent sein sollen die Entscheidung zu treffen, erzeugt Competenzconflicte, d. h. es entsteht ein Streit darüber, ob über einen vermögensrechtlichen Anspruch die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden entscheiden sollen. Diese Competenzconflicte könnten — wenn man den Gerichten diese Präponderanz einräumen wollte — dadurch entschieden werden, daß die Gerichte selbst ihre Competenz bestimmen. Soll jedoch diese Entscheidung durch die Gerichte nicht willkürlich getroffen werden, so müssen bestimmte gesetzlich fixirte Grundsätze darüber bestehen, welche Sachen zur Competenz der Gerichte, und welche zur Competenz der Verwaltungsbehörden gehören. Das Gleiche sollte auch dann die Voraussetzung sein, wenn derartige Competenzconflicte durch einen besonderen Gerichtshof, — Gerichtsof zur Entscheidung der Competenzconflicte — der aus richterlichen und Verwaltungsbeamten zusammengesetzt ist, entschieden werden. Da indessen diese Voraussetzung fehlt, so haben auch die Entscheidungen eines solchen Gerichtshofes mitunter keine weitere Bedeutung als die, daß entschieden wird, es gehöre die Entscheidung einer gewissen Rechtsstreitigkeit zur Competenz der Verwaltungsbehörden. Das Verfahren aber, welches mit der Entscheidung dieses Gerichtshofes abschließt, ist das Verfahren in Competenzconflicten und wird dasselbe durch besondere Gesetze geregelt, auf deren Bestimmungen hier näher einzugehen indessen keine Veranlassung vorliegt. (Vgl. z. B. das preußische Gesetz vom 8. April 1847.)

In Strafsachen ist, wie schon erwähnt, die eben besprochene Unterscheidung zwischen Justiz- und Administrativsachen von keiner Bedeutsamkeit. Man spricht zwar im Gebiete des Strafrechts von Delicten, welche der polizeilichen Ahndung unterliegen, welche zur Competenz des Polizeirichters gehören, und wie die Ausdrücke lauten mögen. Damit ist aber nichts anderes gesagt, als daß die Rechtsprechung über gewisse Arten von Delicten einem Richter übertragen ist, welcher Polizeirichter heißt, der aber weder Verwaltungsbeamter, noch auch von der Staatsgewalt abhängig ist, der vielmehr als unabhängiger Staatsrichter nach keinen anderen Rücksichten als nach den Vorschriften der bestehenden Strafgesetze urtheilt. Die Verwaltungsbehörden, Orts- und Landespolizeibehörden, können allerdings, wenn auch in beschränktem Umfange, auf die Strafrechtspflege dadurch einen Einfluß üben, daß sie aus polizeilichen Rücksichten allerlei Verbote und Gebote aufstellen und auf die Uebertretung dieser von ihnen aufgestellten Vorschriften bestimmte — ein gewisses gesetzlich bestimmtes Maximum nicht übersteigende — Strafen androhen. Diese Thätigkeit der Polizeibehörden hat aber mit der Rechtsprechung nichts gemein, erscheint vielmehr als eine diesen Behörden durch Gesetz übertragene Gesetzgebungsbefugniß. Eine Art richterlicher Thätigkeit würde es sein, wenn die Polizeibehörden in der Lage wären, einer individuell bestimmten Person diese bestimmt bezeichnete Handlung zu gebieten oder zu verbieten. Diese Befugniß hat zwar existirt und wurde dadurch gehandhabt, daß die Polizeibehörden autorisirt wurden, von dem ihren Befehlen Ungehorsamen eine Geldstrafe, unter Umständen von recht erheblichem Betrage ohne voraufgegangenes richterliches Urtheil executivisch beizutreiben. Eine derartige Befugniß der Polizeibehörden widerspricht aber dem Grundsatze des heute geltenden Verfassungsrechtes, nach welchem Strafen nur auf Grund bestehender Strafgesetze erkannt werden dürfen — wo daher dieser letztere Grundsatz Anerkennung gefunden hat, ist mit seiner Anerkennung jene executivische Beitreibung von Geldstrafen seitens der Polizeibehörden von selbst außer Wirksamkeit gesetzt.

Durch die Begehung eines Verbrechens erwächst dem Staate das Recht, durch Bestrafung des Schuldigen die gestörte Rechtsordnung wiederherzustellen. Die Geltendmachung dieses Strafanspruches bildet den Gegenstand des Strafverfahrens, wobei es

gleichgültig ist, in welcher Form dieser Strafanspruch zur Geltung gebracht wird. Der Gegenstand des Strafprocesses ist von der Form desselben unabhängig; es ist daher der Gegenstand des Strafprocesses der gleiche, der Strafproceß selbst mag nach den Grundsätzen des accusatorischen oder des inquisitorischen Processes geregelt sein.

IV. Die processualischen Maximen.

1. Durch den Proceß soll Wahrheit festgestellt werden. Man sagt, im Civilprocesse solle formale, im Strafprocesse dagegen materielle Wahrheit herausgestellt werden. Nicht das wird durch diesen Ausspruch behauptet, daß es zwei verschiedene Arten von Wahrheit gebe; — denn es kann ganz wohl die s. g. formale Wahrheit, welche durch den Civilproceß gewonnen wird, ihrem Inhalte nach mit dem, was man unter materieller Wahrheit versteht, vollkommen übereinstimmen. Es knüpft sich vielmehr der Unterschied, welcher durch die beiden Ausdrücke: materielle und formale Wahrheit bezeichnet werden soll, lediglich an die Kenntnißquellen, welche der Richter bei der Urtheilsfällung in dem einen oder in dem anderen Falle benutzen darf. Der Richter disponirt aber im Strafproceß deshalb über andere Kenntnißquellen als im Civilproceß, weil im ersteren nicht in privatem, sondern in öffentlichem, im letzteren nicht in öffentlichem, sondern in privatem Interesse procedirt wird. Das öffentliche Interesse muß gewahrt werden, unabhängig von dem Belieben und den Anträgen einzelner Privatpersonen; daher für den Strafproceß dafür Sorge zu tragen ist, daß der Richter über das gleiche Material der Wahrheitserforschung gebieten könne, wie dieses der Historiker zur Feststellung einer in der Vergangenheit liegenden Thatsache braucht. Diejenigen vermögensrechtlichen Ansprüche dagegen, welche den Gegenstand des Civilprocesses bilden, berühren nur die Privatinteressen der proceßführenden Parteien; es sind durchweg solche Interessen, auf welche der Berechtigte, ohne dadurch dem öffentlichen Interesse zu schaden, ganz, also auch theilweise verzichten kann; es wird mithin von dem Berechtigten allein abhängen, ob und wie weit er derartige Interessen verfolgen will, und es wird mithin der Richter für die von ihm im Civilprocesse vorzunehmende Wahrheitserforschung auf dasjenige Material beschränkt bleiben, welches ihm die Privatparteien mitzutheilen für gut finden. Das richterliche Erkenntniß, welches das Resultat dieser Wahrheitserforschung enthält, kann daher der Wahrheit nur insoweit entsprechen, als sich dieselbe als Resultat aus dem Vorbringen der Privatparteien ergibt. Und das eben ist es, was man mit dem Ausdrucke formale Wahrheit bezeichnet. Haben daher die Privatparteien dem Richter alles dasjenige Material mitgetheilt, welches zur thatsächlichen Feststellung des zwischen ihnen wirklich bestehenden rechtlichen Verhältnisses überhaupt beschafft werden kann, so wird in diesem Falle die durch den Civilproceß gewonnene formale Wahrheit dem Resultat nach vollkommen mit der materiellen Wahrheit übereinstimmen. Beliebt es dagegen den Parteien, dem Richter weniger vollständiges Material zu geben, so wird nur ein mit Bezug auf die Anführungen der Parteien wahres Resultat gewonnen werden können, und die formale Wahrheit, die in diesem Falle gewonnen, wird mit der materiellen Wahrheit nicht übereinstimmen, d. h. der Richter wird die Rechtsansprüche der Parteien gegeneinander in anderer Weise zu normiren haben, als er es gethan haben würde, wenn er in der Lage gewesen wäre, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß vollständig und über die Anführungen der Parteien hinaus aufzuklären.

Für diese Art der Wahrheitserforschung sind in der processualischen Theorie einzelne Sätze aufgestellt, welche das Wesen derselben in geeigneter Weise bezeichnen. Es sind dies

folgende: Nemo invitus ad agendum cogitur — wer nicht klagen will, kann dazu nicht gezwungen werden; es hängt also von dem Verletzten ab, ob ein Proceß stattfinden soll. Ne procedat judex ex officio — auch wenn der Richter weiß, daß Jemand in seinen vermögensrechtlichen Ansprüchen verletzt worden ist, hat er nicht das Recht, demjenigen, der ein fremdes Recht verletzte, die Verpflichtung aufzuerlegen, die begangene Rechtsverletzung wieder gut zu machen, sondern er hat zu warten, bis die verletzte Partei seine Hülfe anruft. Ne eat judex ultra petita partium — mehr als die Parteien von dem Richter verlangen, hat er ihnen nicht zuzuerkennen; sollte daher auch der Richter aus den Verhandlungen entnehmen, daß der Kläger nicht blos 50 Thaler, sondern 100 Thaler von dem Verklagten zu fordern hat, so wird er den Verklagten doch nur zur Zahlung von 50 Thlrn. verurtheilen können, weil der Kläger nur so viel verlangt hat. Quod non est in actis non est in mundo — was der Richter nicht in den Proceßacten findet, existirt für ihn überhaupt nicht, ein Satz, der in diesem Wortlaute allerdings nur für den durchweg schriftlich geführten Proceß paßt, seiner wesentlichen Bedeutung nach aber auch auf den allermündlichst geführten Civilproceß Anwendung finden würde. Denn dieser Satz bedeutet nichts anderes, als daß die Basis für das richterliche Urtheil in den Anführungen der Parteien bestehen soll, und nicht in dem, was der Richter etwa sonst noch weiß — in dem schriftlich geführten Processe enthalten aber die Proceßacten alle diejenigen Anführungen, welche die Parteien dem Richter machen wollten.

Daß dem so ist, und so sein muß, wie die eben angeführten Sätze es ausdrücken, hängt nicht mit der Schriftlichkeit des Verfahrens zusammen. Im Civilproceß würde man auch dann ausschließlich auf die Herstellung formaler Wahrheit beschränkt bleiben, wenn der Proceß ein durchaus mündlicher wäre, auch dann, wenn man die Geschwornen und eine der jetzt geltenden Beweistheorie (siehe hierüber weiter unten) entgegengesetzte für den Civilproceß einführen wollte. Denn die Natur derjenigen Rechte, um welche im Civilproceß gestritten wird, ist von der Art, daß die berechtigte Partei auf die Geltendmachung ihres Rechts ganz oder zum Theil und zu jeder Zeit verzichten kann. Diese Natur des Rechts bedingt auch ein processualisches Verfahren, bei welchem diese Verzichtbarkeit auf das streitige Recht in jedem Augenblicke zur Geltung gebracht werden kann, und es würde ein ungerechtfertigter Eingriff in privatrechtliche Befugnisse sein, wollte man den Civilproceß auf einem anderen Principe basiren, als auf dem, nach welchem der Civilproceß nur dazu bestimmt ist, den Parteien Recht zu gewähren, falls sie es wollen und soweit sie es wollen. Die praktische Erfahrung hat ja auch gezeigt, daß es anders nicht geht. Die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung, welche sich von dem soeben ausgeführten Principe des Civilprocesses entfernte und den Richter gewissermaßen auch zum Advokaten der Parteien machte, mußte ihre die Parteien bevormundende Tendenz bald aufgeben — zum großen Theil geschah es schon im Jahre 1833, vollständig durch die Gesetzgebung des Jahres 1846. — Auch läßt sich nicht behaupten, daß durch die Beschränkung auf die Herstellung der formalen Wahrheit der Civilproceß einem nicht zu rechtfertigenden Formalismus verfalle. Es kommt eben nur darauf an, daß der Wille der Parteien zur Geltung gelange, nicht aber darauf, daß er sich in einer bestimmten Form ausspreche; es wird daher auch, um diesen Zweck zu erreichen, ein gewisses Fragerecht des Richters gegenüber den Parteien zulässig sein — z. B. der Kläger reicht eine dunkele, unschlüssige Klage ein, und der Richter setzt einen Termin an, zur „Verbesserung und Vervollständigung der Klage" — es wird der Richter, wenn er erst weiß, daß eine betreffende Partei den Proceß führen will, die Leitung des Processes vornehmen, ohne daß dieserhalb besondere, allgemeine oder specielle Gesuche an ihn gestellt zu werden

brauchten: es wird der Richter auf den ihm vorgetragenen Fall das bestehende Recht anwenden, so wie es existirt, und nicht gebunden durch die Anträge der Parteien.

Ganz anders liegt die Sache dagegen im Strafproceß. Die strafrechtlichen Ansprüche wurden zwar in älterer Zeit der Regel nach auch nur als Ansprüche der betheiligten Verletzten, als Ansprüche von Privatpersonen aufgefaßt — wenn auch der Gesichtspunkt, daß außer der verletzten Privatperson auch das Gemeinwesen durch die Begehung des Verbrechens verletzt worden, dem älteren deutschen Rechte keineswegs fremd war. Und aus dieser privatrechtlichen Auffassung des Verbrechensbegriffes — das Verbrechen geht nur den durch dasselbe Verletzten etwas an — ergab sich auch ein Proceßverfahren, welches die strafrechtlichen Ansprüche nicht wesentlich anders behandelte, als die civilrechtlichen. Aber diese Auffassung des Verbrechensbegriffes hat sich geändert. In dem Verbrechen erblickt man heute das öffentliche Interesse angegriffen, oder verletzt, nicht blos in den Fällen, in denen das Verbrechen unmittelbar gegen den Staat gerichtet ist, wie bei dem Hochverrath, dem Landesverrath u. s. w., sondern auch in den Fällen, in denen durch das Verbrechen zunächst eine Privatperson verletzt ist, wie bei dem Diebstahl, der Körperverletzung u. s. w. Entsprechend dieser Auffassung des Verbrechensbegriffes ist denn auch das Strafverfahren ein im öffentlichen Interesse geführtes Verfahren — welches regelmäßig unabhängig von dem Willen der durch das Verbrechen etwa verletzten Privatperson geführt wird. Die Ausnahmen von dieser Regel, also die Bestimmung, daß einzelne Verbrechen nur nach voraufgegangenem Antrage der verletzten Privatperson verfolgt werden sollen — z. B. Entführung, Injurien, Diebstähle zwischen Eltern und Kindern und Ehegatten u. s. w. erklären sich daraus, daß die Bloßlegung der mit derartigen Verbrechen zusammenhängenden Thatsachen, wenn es ohne oder wider den Willen der Betheiligten geschieht, ein größeres Uebel im privaten, als die Bestrafung desselben ein Vortheil für das öffentliche Interesse sein würde. Wird nun aber wegen begangener Verbrechen in öffentlichem Interesse procedirt, so kann auch das Ergebniß dieses Processes nicht von dem Belieben von Privatparteien abhängig gemacht werden. Dies würde aber der Fall sein, wollte man das Material, durch welches das verurtheilende oder freisprechende Erkenntniß bedingt wird, auf dasjenige beschränken, was Privatparteien über das begangene Verbrechen dem Strafrichter anzuführen für gut befinden möchten. Die Rechte, um welche es sich im Strafprocesse handelt, sind unverzichtbare Rechte. Der Staat darf nicht darauf verzichten zu strafen, wenn ein Verbrechen begangen ist; und der wegen der Begehung eines Verbrechens Angeschuldigte darf nicht auf diejenigen Rechte verzichten, welche durch ein Strafurtheil ihm entzogen werden können. Es ist daher für den Strafproceß nicht die durch Verhandlungen von Privatparteien herausgestellte formale Wahrheit ausreichend, sondern es muß materielle, d. h. solche Wahrheit herausgestellt werden, wie dieselbe der Historiker herauszustellen die Aufgabe hat. Um dieses zu erreichen, ist es aber erforderlich, daß bestimmte Organe vorhanden sind, welche von Amts wegen dazu berufen sind, alles dasjenige, was sich auf das begangene Verbrechen bezieht so zu erforschen, daß es processualisch verwerthet werden kann. Bald ist hiezu der Strafrichter selbst verpflichtet, bald ist es ein von Amts wegen bestellter Ankläger — dem einen wie dem anderen sind Gehülfen zugeordnet, die Criminalpolizeibeamten, — bald ist auch die Wahrheitserforschung als eine gemeinschaftliche Aufgabe zwischen Richter und öffentlichem Ankläger vertheilt Diese Organe allein genügen aber noch nicht; es ist auch nothwendig, daß ihnen die Gewalt beigelegt werde, auch wider den Willen der Betheiligten das zur Wahrheitserforschung erforderliche Material zu erlangen. Im Strafprocesse gibt es daher processualische Zwangsmittel, welche dem Civilproceß unbekannt sind. Die Verhaftung, die Haussuchung, die Beschlagnahme von Papieren, der Erlaß von Steck-

briefen, es sind Zwangsmittel, die zum Zwecke der Wahrheitserforschung, theilweise auch zur Sicherung des eventuell Schuldigen in Anwendung zu bringen sind. Stellt man sich nun bei Beurtheilung dieser Zwangsmittel auf den Standpunkt der verfolgenden Behörden, so wird man eine möglichste Ausdehnung dieser Zwangsmittel verlangen. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt des Verfolgten, auf den Standpunkt der Vertheidigung, so wird die möglichste Einschränkung dieser Zwangsmittel gefordert werden. Dient die Verfolgung an erster Stelle dem öffentlichen, die Vertheidigung an erster Stelle dem privaten Interesse des Verfolgten, so wird auf dem Gebiete der strafprocessualischen Zwangsmittel ein Conflict jener allgemeinen und dieser speciellen Interessen entstehen. Diesen Conflict beizulegen, ist die Aufgabe jener Gesetze gewesen, welche unter dem, wenn auch verschiedenartig lautenden, Titel der „Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit" einen integrirenden Bestandtheil jeder Straßproceßgesetzgebung bilden.

Diese Unterscheidung ist also zwischen Civilproceß und Strafproceß festzuhalten: Der Civilproceß hat formale, der Strafproceß materielle Wahrheit herauszustellen. Aber diese Unterscheidung ist keineswegs identisch mit der Unterscheidung zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime. Denn, wenn auch einerseits die Feststellung der formalen Wahrheit nur die Verhandlungsmaxime als Grundlage des Processes gestattet, so gestattet die Herstellung der materiellen Wahrheit sowohl die Verhandlungs-, wie auch die Untersuchungsmaxime. Dieser Unterschied ist daher — und zwar für das Gebiet des Strafprocesses — festzustellen. Ist dies geschehen, so wird auch dargethan sein, was es heißt, daß der Civilproceß auf der Verhandlungsmaxime basire.

2. Mag der Strafproceß auf der Basis der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime beruhen, oder, was gleichbedeutend ist, mag der Strafproceß Anklageproceß oder Untersuchungsproceß sein — in beiden Fällen ist es die Aufgabe des Strafprocesses materielle Wahrheit herauszustellen. Ob nun der Strafproceß Anklageproceß oder Untersuchungsproceß ist, hängt lediglich von der Art und Weise ab, wie die Erforschung der materiellen Wahrheit bewirkt wird. Es kann das in der Weise geschehen, daß der Richter selbst in Folge einer ihm gewordenen Anzeige, in Folge eines entstandenen Gerüchtes, von Amts wegen darangeht, die mit der angeblichen Begehung eines Verbrechens zusammenhängenden Thatsachen zu erforschen. Auf Grund der von ihm selbst angestellten Wahrheitsermittelung, auf der Basis des von ihm selbst zum Zwecke der Wahrheitserforschung gesammelten Materials entscheidet dann der Richter, ob und von wem ein Verbrechen begangen und wie dasselbe zu bestrafen sei. Der Richter untersucht, — und wegen dieser untersuchenden Thätigkeit des Richters heißt auch der gesammte Strafproceß, in welchem das freisprechende oder verurtheilende Erkenntniß auf der Basis dieser richterlichen Untersuchung erfolgt, der Untersuchungsproceß, der Inquisitionsproceß. Wenn in dem schriftlich geführten Untersuchungsproceß, bei welchem die gesammten Ergebnisse der Untersuchung in den Acten zusammengestellt waren, das Urtheil nicht von dem untersuchenden Richter (dem Inquirenten), sondern von einem anderen Richter (dem Decernenten) gesprochen wurde, so geschah dies aus Zweckmäßigkeitsgründen, damit nicht der durch das Inquiriren befangen gewordene Richter den von ihm gewonnenen Resultaten eine Bedeutsamkeit für das Endurtheil beilege, die sie nicht verdienen. Das Wesentliche des Untersuchungsprocesses bestand und besteht jedoch weder in jener Schriftlichkeit des Verfahrens, noch auch in dieser Trennung des Inquirenten von dem Decernenten, sondern lediglich darin, daß der Richter selbst die Wahrheit und zwar dadurch zu erforschen sucht, daß er das zur Wahrheitserforschung erforderliche Material selbst sammelt. Bei dem Inquisitionsproceß bedarf es mithin für den Beginn der inquisitorischen Thätigkeit des Richters keines Antrages — mag man sich nun diesen Antrag von der verletzten Privat-

person oder von einem zur Verfolgung begangener Verbrechen vom Staate angestellten öffentlichen Ankläger ausgehend denken — der Inquisitionsproceß kennt überhaupt keinen Ankläger. Der Inquisitionsproceß kennt auch keinen Angeklagten; denn derjenige, welcher der Begehung eines Verbrechens beschuldigt wird, dient selbst als Wahrheitserforschungsmittel in der Hand des untersuchenden Richters — der Angeschuldigte ist Object der Untersuchung und in dieser Beziehung dem untersuchenden Richter zur Wahrheit verpflichtet, wie denn der Untersuchungsrichter selbst das Recht hat, die Wahrheit von dem Angeschuldigten zu verlangen, woraus denn folgt, daß der Angeschuldigte, falls er schuldig ist, die Verpflichtung hat, ein Geständniß abzulegen, wozu der Richter den seiner Pflicht nicht nachkommenden Angeschuldigten zu verschiedenen Zeiten in verschiedener Weise, früher durch die Folter, jetzt durch gutes Zureden, nöthigen darf — wie sich denn mit als eine Folge des Inquisitionsprocesses noch jetzt der Grundsatz erhalten hat, daß der geständige Verbrecher, eben weil er gestanden, d. h. seiner processualischen Pflicht, die Wahrheit zu sagen, nachgekommen ist, milder zu bestrafen sei, als derjenige, welcher diese Pflicht nicht erfüllen, d. h. nicht gestehen mochte. Bei dem Untersuchungsproceß ist sodann aber auch die untersuchende Thätigkeit des Richters durch keinerlei Anträge irgendwie beschränkt, sondern der Richter sucht festzustellen, was geschehen ist, nicht aber, ob irgend ein bestimmtes Verbrechen begangen ist. Gibt mithin beispielsweise die Vermuthung, daß ein Diebstahl stattgefunden habe, Veranlassung zu einer Untersuchung, als deren Ergebniß sich herausstellt, daß zwar kein Diebstahl, wohl aber eine Falschmünzerei stattgefunden habe, so geht der Untersuchungsrichter diesem Verbrechen, von dessen Existenz ihm erst bei der wegen eines ganz anderen Verbrechens veranlaßten Untersuchung Kenntniß geworden ist, ebenso nach, als ob er gleich anfänglich die Untersuchung wegen der Falschmünzerei begonnen hätte. Der Untersuchungsrichter ist hinsichtlich des Umfanges, welchen die Untersuchung erlangt, an irgend welche Anträge nicht gebunden. Und ebenso wenig ist dies der Fall hinsichtlich der Art und der Zahl der Kenntnißquellen, der Beweismittel, welche der Untersuchungsrichter zu benutzen für gut findet. Er ist nicht auf dasjenige Material beschränkt, welches ihm von irgend einer Partei dargelegt wird, — und dies um so weniger, als es ja im Untersuchungsproceß gar keine Parteien im processualischen Sinne des Wortes gibt — sondern er sucht auf eigene Veranlassung hin das gesammte, zur Aufklärung der Sache dienende Material zu beschaffen und nur insoweit ist er darin beschränkt, als ihm durch die Proceßgesetze die Benutzung dieser oder jener Beweismittel oder eine bestimmte Art ihrer Benutzung untersagt ist, Beschränkungen, welche übrigens mit dem Wesen des Inquisitionsprocesses gar nichts zu thun haben, sondern ebenso gut auch bei dem Anklageproceß vorkommen können.

Der Anklageproceß weist dagegen dem Richter eine vollkommen andere Stellung an. Nicht der Richter hat die Wahrheitserforschung zu bewirken, sondern dies ist Sache der Parteien. Der Anklageproceß setzt zu seiner Existenz die Existenz zweier Parteien, des Klägers und des Verklagten, voraus. Kläger und Verklagter haben processualische Rechte und zwar gleiche processualische Rechte, d. h. es ist weder der Kläger vor dem Verklagten, noch auch der Verklagte vor dem Kläger begünstigt. Der Kläger behauptet, daß ein bestimmtes von ihm in der Strafklage bezeichnetes Verbrechen und zwar von dem in der Strafklage bezeichneten Angeklagten begangen sei. Und daß dem so sei, dafür bringt der Kläger dem Richter die Beweismittel bei. Ueber diese von dem Kläger beigebrachten Beweismittel hinaus hat der Richter kein Material, um die Begründung der Anklage zu prüfen; er selbst namentlich hat nichts zur Wahrheitserforschung zu thun, auch nicht durch Fragen, welche er an den Angeklagten oder an Zeugen richtet — er bleibt an dasjenige Material gebunden, welches die vor ihm verhandelnden Parteien her-

ausstellen. Der Verklagte ist nicht Object der Untersuchung, daher auch nicht verpflichtet, irgend ein Geständniß abzulegen, sondern er hat das Recht, abzuwarten, ob ihm seitens des Anklägers der Beweis der Schuld geführt werden wird. Die Verhandlung selbst bleibt auf den in der Anklage geltend gemachten Straffall beschränkt, darf also nicht auf einen anderen im Laufe der Verhandlung etwa sich herausstellenden weiteren Straffall ausgedehnt werden; wogegen der in der Anklage bezeichnete Straffall unabhängig von den etwaigen Anträgen der Parteien von dem Richter behandelt wird, sowohl hinsichtlich seiner juristischen Qualification — der Richter kann also beispielsweise wegen Betrugs verurtheilen, während die Anklage die That als Diebstahl qualificirte — wie auch hinsichtlich der Höhe des Strafantrages, es kann mithin der Richter auf eine höhere als die von dem Ankläger beantragte Strafe erkennen. Denn auf denjenigen Straffall, welcher in Folge der erhobenen Anklage von dem Richter verhandelt wird, soll der Richter das gesetzlich bestehende Strafrecht anwenden und sind die Anträge der Parteien, welche in Bezug hierauf erfolgen, lediglich als gutachtliche Aeußerungen der Parteien aufzufassen, durch welche in keiner Weise das bestehende Strafrecht, wie es durch den richterlichen Ausspruch zur Geltung kommen soll, modificirt werden darf. Daß dem so ist, rührt aber daher, daß der Strafproceß im öffentlichen und nicht im Interesse der Parteien geführt wird. Aus diesem Grunde ist es denn auch nicht zulässig, die Frage, ob eine Anklage erhoben, wie die erhobene Anklage vor dem Richter zu beweisen sei, von dem Willen einer Privatperson abhängig zu machen; vielmehr verlangt das öffentliche Interesse, um dessen willen der Strafproceß geführt wird, auch die Existenz eines öffentlichen Anklägers. Dieser braucht übrigens keineswegs die Möglichkeit des Auftretens eines Privatanklägers gänzlich auszuschließen. Denn ist es auch richtig, daß durch jedes Verbrechen das öffentliche Interesse verletzt wird, so ist es keineswegs richtig, daß durch jedes Verbrechen nur das öffentliche Interesse verletzt werde; vielmehr gibt es eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Verbrechen, welche direct auf die Verletzung einer Privatperson gerichtet sind, und bei denen die allgemeine Rechtsordnung, der Staat, das öffentliche Interesse, oder wie man sich ausdrücken will, nur mittelbar durch die der Privatperson zugefügte Verletzung in Mitleidenschaft gezogen werden. Bei Fällen dieser Art wird es zwar auch immer nöthig sein, daß die Verfolgung unter allen Umständen, also durch den öffentlichen Ankläger stattfindet, falls die durch das begangene Verbrechen verletzte Privatperson selbst nicht die Strafklage erheben will. Wäre dieses aber der Fall, so würde an sich kein Grund vorhanden sein, die Erhebung der Strafklage durch die verletzte Privatperson auszuschließen und könnte höchstens geltend gemacht werden, daß die Privatperson es nicht so gut wie der öffentliche Ankläger verstehen werde, die Anklage zu begründen und durchzuführen — was indessen keineswegs überall der Fall sein würde — aber durchaus ungerechtfertigt ist es, das Anklagemonopol des öffentlichen Anklägers so weit auszudehnen, daß die Erhebung der Strafklage durch den Verletzten auf seine Kosten und Gefahr auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn der öffentliche Ankläger die Strafklage zu erheben sich nicht in der Lage sieht. Ebenso aber, wie der accusatorische Strafproceß die Existenz des öffentlichen Anklägers nothwendig macht, muß derselbe auch die Parteien in die Lage setzen, das volle Beweismaterial dem Richter vorlegen zu können. Aus diesem Grunde kann der accusatorische Strafproceß keines derjenigen processualischen Zwangsmittel entbehren, welche für den Strafproceß überhaupt erforderlich sind. Nur wird im Anklageproceß die Anwendung dieser Zwangsmittel nicht Sache des Richters, sondern Sache der Parteien sein, welche indessen diese Zwangsmittel nicht nach eigenem Belieben, sondern nur nach voraufgehender Erlaubniß eines richterlichen Beamten vornehmen, welcher die Zulässigkeit des Zwangsmittels mit Rücksicht auf die einzelnen Verhältnisse des

einzelnen Falles zu prüfen hat. In der Praxis gestaltet sich dann die Sache so, daß die betreffende Partei, Ankläger oder Angeklagter, bei dem Richter die Vornahme des erforderlichen Zwangsmittels beantragt, und daß der Richter diesem Antrage Folge gibt, falls die gesetzlichen Voraussetzungen zur Anwendung dieses Zwangsmittels vorliegen.

Wäre nun unser heutiger Strafproceß ein accusatorischer Proceß, so dürfte das Institut des öffentlichen Anklägers demselben nicht fehlen. Nun nimmt man wohl an, daß der öffentliche Ankläger vorhanden sei, weil der Staatsanwalt vorhanden ist. Doch aber muß es betont werden, daß die heutige Staatsanwaltschaft etwas wesentlich anderes ist, als der öffentliche Ankläger, und daß, falls der bestehende Strafproceß ein accusatorischer Strafproceß werden soll, dieses ohne eine Reform des Instituts der Staatsanwaltschaft nicht möglich sein wird.

Das Institut der Staatsanwaltschaft ist dem französischen Rechte entnommen und existirte hier bereits, als das strafprocessualische Verfahren noch durchaus nach den Grundsätzen des Inquisitionsprocesses geregelt war. Der Richter brauchte demnach nicht auf den Strafantrag des Staatsanwaltes zu warten; er begann das Verfahren, wenn ihm selbst hiezu Veranlassung zu sein schien. Der Richter sammelte das Beweismaterial gegen den Angeschuldigten und, soweit dies der ältere französische Proceß nothwendig machte, auch für denselben. Die Staatsanwaltschaft (ministère public) hatte daher im Strafprocesse, wie auch an anderen Stellen, lediglich die Aufgabe, darüber zu wachen, daß so verfahren, daß so erkannt werde, wie dies entsprechend den Gesetzen geschehen sollte. Der Staatsanwalt förderte die Untersuchung (daher die Bezeichnung: promovens inquisitionem), indem er die Beobachtung der Gesetze überwachte. Da zu diesem Zwecke der Richter ebenfalls thätig zu sein hatte, so war die Staatsanwaltschaft neben den Richter gestellt, um im Interesse des Gesetzes bald gegen, bald für den Angeschuldigten einzutreten, je nachdem der Angeschuldigte selbst oder die gegen ihn veranlaßte Verfolgung nach der Ansicht des Staatsanwalts die größere Berechtigung zu haben schien. Als dann später dem französischen Proceß einzelne Formen des Anklageprocesses gegeben wurden, ging man nicht so weit, einen besonderen öffentlichen Ankläger aufzustellen, neben welchem die Staatsanwaltschaft nach wie vor die Möglichkeit gehabt hätte, bald den Ankläger, bald den Angeklagten im Interesse des Gesetzes zu unterstützen, sondern man beschränkte sich darauf, die Partei des Anklägers als vorhanden lediglich zu fingiren und den Staatsanwalt zu beauftragen, zu Gunsten dieses fingirten Anklägers dann zu interveniren, wenn er in Rücksicht auf die bestehenden Gesetze dafür halten sollte, daß die Partei des fingirten Anklägers die besser berechtigte sei; sollte er dagegen finden, daß die Partei des Angeklagten die besser berechtigte wäre, so solle er zu Gunsten des Angeklagten interveniren.

Dieses Institut der Staatsanwaltschaft wurde nun in Deutschland recipirt. Auch hier ist der Staatsanwalt nicht Partei, sondern er intervenirt lediglich zu Gunsten der besser berechtigten Partei. Er verfolgt, wen er für schuldig hält, aber nur so lange, als dies der Fall; überzeugt er sich von der Nichtschuld des von ihm Verfolgten, so intervenirt er zu Gunsten des Verfolgten und stellt demgemäß die diesem günstigen Anträge; es liegt in seinem Amte, Verurtheilung sowie Freisprechung des Angeschuldigten zu beantragen; und nicht minder ist er befugt, zu Gunsten des Verurtheilten, wie zum Nachtheile des Freigesprochenen Rechtsmittel einzulegen. Wenn es in einem neueren deutschen Proceßgesetze heißt: „Die Staatsanwaltschaft hat darüber zu wachen, daß bei dem Strafverfahren den gesetzlichen Vorschriften überall genügt werde“, so zeigt eine solche Bestimmung, daß die Staatsanwaltschaft nur ein neben dem Richter stehendes processualisches Organ ist, und als solches dem Richter gegenüber nicht als Partei gedacht werden kann. Um dieses festzustellen, wäre es daher auch gar nicht nöthig gewesen, in demselben Gesetze,

aus welchem soeben eine Bestimmung angeführt wurde, auch noch die weitere zu treffen: „Die Staatsanwaltschaft ist in ihren Amtsverrichtungen von den Gerichten unabhängig.“ Und nur darin besteht eine Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft von den Gerichten, daß der Staatsanwalt nicht selbst entscheidet, sondern darauf beschränkt ist, seine Anträge zu stellen, über welche dann der Richter entscheidet.

So dürfen wir also schon aus dem Angeführten das Resultat ziehen: der heutige deutsche Strafproceß kann nicht Anklageproceß sein, weil der Staatsanwalt nicht Partei, und speciell nicht öffentlicher Ankläger ist, während der Anklageproceß die Existenz des Anklägers zu seiner nothwendigen Voraussetzung hat. Aber selbst wenn der Staatsanwalt nichts weiter wäre als der öffentliche Ankläger, so würde das Wesen des Anklageprocesses es verlangen, daß der Richter nicht selbst das zur Wahrheitserforschung erforderliche Material sammelt, sondern die Beurtheilung des Straffalles lediglich auf das von dem Staatsanwalte und dem Angeklagten ihm vorgelegte Material beschränke. Statt dessen wird aber in dem heutigen Strafprocesse der Richter neben dem Staatsanwalte und dem Angeklagten thätig, um die Herbeischaffung des zur Aufklärung des Falles erforderlichen Materials auch seinerseits zu fördern. Und wollte man auch hievon noch absehen, so erfordert doch der Anklageproceß jedenfalls die Existenz eines Angeklagten als einer processualischen Partei, welche als solche berechtigt ist, den Beweis der Schuld zu verlangen, nicht aber für verpflichtet erachtet werden kann, sich selbst als Kenntnißquelle benutzen zu lassen, und welche überdem die gleichen processualischen Rechte wie die anklagende Partei beanspruchen darf. Nun ist der Angeschuldigte während der ganzen Dauer der Voruntersuchung nicht im allerentferntesten Partei, sondern gerade so lediglich Untersuchungsobject, wie sich dieses der frühere Untersuchungsproceß nur irgend wünschen konnte, und erst nach Abschluß der Voruntersuchung beginnt er, Angeklagter zu sein. Aber nachdem er dies geworden, ist er als Partei gegen den Staatsanwalt in mancher Beziehung zurückgesetzt und dem Richter gegenüber in der Lage, sich ausfragen und durch Inquiriren zu einem Geständnisse nöthigen zu lassen. Wollte ein Angeklagter der Befragung des Richters in der Hauptverhandlung mit der Erklärung entgegentreten, daß er keine Antwort geben, sondern den Beweis abwarten werde, so würde ein derartig unerhörtes Auftreten des Angeklagten im günstigsten Falle so aufgefaßt werden, als ob derselbe zur Beseitigung des gegen ihn erhobenen Verdachts nichts beizubringen habe. Auch heute noch erachtet man den Angeklagten für verpflichtet, die ihm von dem erkennenden Richter vorgelegten Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten und so das Gericht bei der Wahrheitserforschung zu unterstützen.

Wenn nun aber auch eine bevorstehende Proceßgesetzgebung den Accusationsproceß consequent durchführen wollte, so wird dieser doch immer auf das Hauptverfahren beschränkt bleiben. Zwar fehlt es nicht an Stimmen, welche auch für die Voruntersuchung die accusatorische Form des Verfahrens durchgeführt wissen wollen. Es scheint jedoch diese Forderung auf einem Mißverständnisse zu beruhen.

Denn die Voruntersuchung behandelt lediglich die Frage, ob eine Anklage zu erheben ist, d. h. ob ein Strafverfahren beginnen solle. Das Strafverfahren selbst beginnt erst mit der Erhebung der Anklage. Bis dahin ist es ja noch fraglich, ob überhaupt ein Angeklagter existiren wird; und so lange ein Angeklagter noch nicht existirt, fehlt auch eins der wesentlichsten Voraussetzungen des Anklageprocesses. Aber unzweifelhaft würde in vielen Fällen die Voruntersuchung nur dann mit Erfolg geführt werden können, wenn gegen den Angeschuldigten mit Handlungen, welche den Charakter von Angriffshandlungen haben, vorgegangen wird. Dies ist selbstverständlich überall da der Fall, wo Zwangsmittel, wie Verhaftung, Haussuchung u. s. w. gegen den Angeschuldigten in An=

wendung gebracht werden. Aber auch schon dann wird angriffsweise gegen den Angeschuldigten vorgegangen, wenn Zeugen oder Sachverständige in beweisender Form gegen ihn vernommen werden. Nun ist es ein allgemeiner processualischer Grundsatz, daß jede Angriffshandlung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie auch die Vertheidigung gestattet. Und gegen diesen ersten Grundsatz eines jeden Proceßrechts fehlt die gegenwärtige Organisation der Voruntersuchung. Es ist zulässig, den Angeschuldigten zu verhaften, Haussuchung bei demselben vorzunehmen, Zeugen und Sachverständige gegen ihn nicht blos informatorisch sondern auch eidlich abzuhören, ohne daß es dem Angeschuldigten ermöglicht würde, gegen irgend eine dieser Angriffshandlungen sich vertheidigen zu können. So lange diejenigen Behörden, welche die Voruntersuchung zu führen haben, bei derselben den Angeschuldigten ungeschoren lassen, mögen sie die Anklage vorbereiten, wie es ihnen irgend gut dünkt; sobald aber die Voruntersuchung Angriffe gegen den Angeschuldigten enthält, muß diesem das volle Recht der Vertheidigung gewährt werden. Wenn man hiergegen einwendet, daß die Angriffshandlungen in der Voruntersuchung entweder durch den Richter selbst oder doch unter dessen Mitwirkung erfolgen, daß mithin der Angeschuldigte sich immer unter richterlichem Schutze befinde, so beweist dieser Einwand zu viel; denn es streitet derselbe nicht blos gegen die Vertheidigung in der Voruntersuchung, sondern gegen jede Vertheidigung. Nicht also darauf kommt es an, die Voruntersuchung accusatorisch zu organisiren, sondern darauf, auch für die Voruntersuchung die Vertheidigung überall da zuzulassen, wo Angriffshandlungen gegen den Angeschuldigten stattfinden.

Der heutige Strafproceß gestattet die Vertheidigung des Angeschuldigten erst nach Erhebung der Anklage. Bald ist die Gewährung der Vertheidigung ein wesentliches Erforderniß des Strafverfahrens — in Schwurgerichtssachen — so daß also, falls der Angeklagte selbst sich einen Vertheidiger nicht wählt, von Amts wegen ihm ein solcher bestellt werden muß — bald wird die Vertheidigung nur als zulässig betrachtet, — so daß also ein Vertheidiger nur dann für den Angeklagten auftritt, wenn dieser sich einen Vertheidiger gewählt hat, oder um die Zuordnung eines Vertheidigers bittet.

Der Vertheidiger aber tritt der Regel nach nicht selbstständig in die Parteirechte des Angeklagten, sondern er unterstützt denselben nur, indem er neben dem Angeklagten die Rechte desselben auszuführen sucht. Denn, so nimmt man an, die Güter, um welche es sich in einem Strafprocesse für den Angeklagten handelt, sind von so bedeutsamer Natur, daß kein Vertheidiger darüber allein disponiren kann, vielmehr immer dem Angeklagten selbst die Möglichkeit verbleiben muß, für sich einzutreten. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, d. h. handelt es sich lediglich um geringfügige Strafen, so kann auch der Vertheidiger die Parteirechte des Angeschuldigten vollständig wahrnehmen, und ein solcher Vertheidiger, der nicht neben, sondern statt des Angeklagten den Proceß führt, ist Vertreter des Angeklagten und steht processualisch dem Gerichte gerade so gegenüber, als ob er selbst Partei wäre. Die Vertreter sind auch in der Rechtsmittel-Instanz statt der Vertheidiger zulässig, mitunter, z. B. in der Nichtigkeits-Instanz, wird nur ein Vertreter des Angeklagten zugelassen.

3. Schriftlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens. Es gibt keinen noch so mündlichen Proceß, in welchem nicht vieles niedergeschrieben, und keinen noch so schriftlichen Proceß, in welchem nicht vieles gesprochen würde. So wird beispielsweise, wenn man sich einen auf dem Princip der Mündlichkeit beruhenden Strafproceß denkt, doch mindestens die Anklage dem Angeklagten durch ein Schriftstück — die Anklageschrift — mitzutheilen, und das Erkenntniß schriftlich auszufertigen sein; und in einem ganz schriftlichen Civilprocesse werden die Zeugen dem sie vernehmenden Richter ihre Aussagen mündlich mittheilen, welche dann der vernehmende Richter erst niederschreibt. Die Frage

mithin, ob ein processualisches Verfahren nach dem Principe der Mündlichkeit oder dem der Schriftlichkeit geregelt ist, beantwortet sich nicht nach dem bloßen Vorhandensein der schriftlichen Aufzeichnung oder des mündlichen Vortrages in einem Processe — denn beides ist in jedem Processe vorhanden — sondern lediglich danach, ob die richterliche Entscheidung auf Grund von Proceßacten, oder ob sie erfolgt auf Grund eines vor dem erkennenden Richter geführten mündlichen Verfahrens. Für den *schriftlichen* Proceß gilt als Princip der Satz, daß der erkennende Richter nichts weiter weiß als dasjenige, was er in den Acten findet, während für den *mündlichen* Proceß als Princip der Satz gilt, daß, wenn Acten geführt sind, der erkennende Richter von dem Inhalte der Acten nichts wissen darf, vielmehr seine Kenntniß von der Sache lediglich auf das von den Parteien in mündlichem Vortrage ihm dargelegte beschränken muß.

In dem Strafverfahren ist in Deutschland seit den Reformen der Jahre 1848, 1849 das Princip der Mündlichkeit für das *Haupt*verfahren anerkannt, wobei denn allerdings zugegeben werden muß, daß der erkennende Strafrichter, falls in der Voruntersuchung Acten zusammengeschrieben sind, diese sehr gut kennt, und daß dies auch nöthig ist, weil, wie unten gezeigt wird, der erkennende Richter auch zugleich Inquirent für das Hauptverfahren ist, und demnach aus den Voruntersuchungsacten den Plan für die von ihm vorzunehmende Inquisition sich zu entwerfen hat. Die Voruntersuchung ist dagegen nach dem Principe der Schriftlichkeit geregelt, da die Basis des nach beendigter Voruntersuchung zu fassenden Beschlusses lediglich in den Voruntersuchungsacten zu finden ist. Möglich wäre es allerdings auch, daß auf Grund eines mündlichen Verfahrens die Frage, ob eine Anklage zu erheben, entschieden werden könnte; aber es mag dahingestellt bleiben, ob dies für die Bedürfnisse der Praxis auch nöthig ist.

Der gemeinrechtliche Civilproceß ist durchaus nach dem Princip der Schriftlichkeit geregelt, wogegen durch neuere Proceßordnungen auch die Mündlichkeit des Verfahrens, wenn auch in verschiedenem Umfange wieder zur Geltung gebracht ist; bald so, daß mit dem schriftlichen Proceß eine mündliche Schlußverhandlung verbunden ist, welche dann entweder nur Rechtsdeductionen, oder auch das Vorbringen thatsächlichen Materials, zur Ergänzung des in den Schriftsätzen beigebrachten enthält; bald so, daß der Proceß principiell mündlich ist, sich aber doch auf gewisse schriftliche Grundlagen stützt.

4. *Oeffentlichkeit des Verfahrens.* Mit dem Principe der Schriftlichkeit ist die Oeffentlichkeit des Verfahrens naturgemäß unvereinbar. Das mündliche Verfahren braucht aber deswegen, weil es mündlich ist, noch nicht ein öffentliches Verfahren zu sein. Der Zusammenhang zwischen Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ist daher auch nur darin zu finden, daß nur das mündliche Verfahren die Oeffentlichkeit gestattet, und daß die Oeffentlichkeit des Verfahrens — im Civilproceß wie im Strafproceß — nur so weit reichen kann als die Mündlichkeit existirt. Im Strafproceß ist daher nur die Hauptverhandlung, nicht aber die Voruntersuchung öffentlich, und die der Publication des Erkenntnisses oder eines Beschlusses voraufgehenden Berathungen eines collegialischen Gerichts, sowie diejenigen Berathungen, welche zum Zwecke der Abgabe des Verdicts von den Geschwornen geführt werden, entziehen sich sämmtlich der Oeffentlichkeit. Allgemein ist es anerkannt, daß namentlich mit Rücksicht auf die Sittlichkeit die Oeffentlichkeit auszuschließen oder doch wenigstens zu beschränken sei. Wo dieselbe jedoch stattfindet, muß sie nicht blos für diejenigen Personen, welche zufällig einmal in die Gerichtssitzung gehen, sondern sie muß für Alle vorhanden sein. Dies Resultat kann aber nur erreicht werden, wenn die *Presse* in der Lage ist, mit Vollständigkeit wahrheitsgetreu dasjenige zu berichten, was in der Gerichtssitzung, soweit dieselbe öffentlich ist, verhandelt wurde.

V. Der processualische Beweis.

Es ist ein allgemeiner processualischer Grundsatz, daß jede der beiden Parteien vor dem Richter gleiches Recht habe. Dieser allgemeine Grundsatz führt dann auch dazu, daß keine der beiden Parteien vermöge ihrer Parteistellung einen größeren Anspruch hat, ihre Behauptung für wahr gehalten zu sehen, als die ihr gegenüberstehende Partei; d. h. der Richter befindet sich in der Lage, den Behauptungen des Klägers ebenso sehr zu glauben, wie denen des Verklagten. Behaupten nun beide Parteien das Gleiche, so erübrigt für den Richter nichts weiter, als auf dasjenige, was die Parteien vor ihm angeführt, das bestehende Recht in Anwendung zu bringen. Sind die Parteien über die Thatsachen einig, so können sie sich nur noch darüber streiten, in welcher Weise das bestehende Recht auf diese unter ihnen unbestrittenen Thatsachen anzuwenden sei; und da der Richter das bestehende Recht kennt, so wendet er dasselbe an; er entscheidet den Streit, ohne daß es zu einem processualischen Beweise kommt (Rechtssätze, — falls es sich nicht etwa um die Anwendung ausländischen Rechts handelt — sind nicht Gegenstand des Beweises). Behauptet dagegen die eine Partei anderes als die andere, bestreitet mithin die eine Partei die Behauptungen der anderen, so weiß der Richter nicht, auf welche Thatsachen er das bestehende Recht anzuwenden hat; er muß mithin diese Kenntniß erlangen und das Mittel, durch welches ihm diese Kenntniß verschafft wird, ist der processualische Beweis.

Bewiesen werden also nur solche Thatsachen, welche unter den Parteien streitig sind. Mithin ist das Geständniß, weil dessen Existenz den Begriff der streitigen Thatsache, d. h. die Voraussetzung des processualischen Beweises ausschließt, kein Beweismittel, sondern im Gegentheile ein Beseitigungsmittel des Beweises.

Doch gestaltet sich hier die Sache anders im Civilprocesse als im Strafprocesse.

Wie oben gezeigt, kommt es im Civilprocesse nur auf das Herausstellen der formalen Wahrheit an, d. h. es hat der Richter dasjenige für wahr zu halten, was die Parteien unter sich für wahr gelten lassen wollen. Das einzige, was der Richter zu prüfen hat, würde nur sein, ob die streitenden Parteien dispositionsfähig sind und das ist nicht ein Gegenstand des Beweises, sondern eine Voraussetzung des Processes überhaupt. Im Strafprocesse dagegen kommt es auf die Ermittelung der materiellen Wahrheit an; es kann mithin dasjenige, was die Parteien sich gegenseitig zugestehen, nicht schon um deswillen für wahr gelten, weil die Parteien es sich gegenseitig zugestanden haben. Gesteht demnach der Angeklagte zu, dasjenige gethan zu haben, was ihm die Anklage zur Last legt, ist also der Angeklagte geständig, so würde es nicht blos darauf ankommen, zu constatiren, daß ein Geständniß abgelegt sei, sondern namentlich auch darauf, daß das Geständniß ein wahres sei, d. h. es wird nothwendig sein, nicht blos die Existenz, sondern auch die Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu prüfen. In soweit also ist das Geständniß im Strafprocesse ein Beweismittel und ist nicht wohl abzusehen, weshalb die Geschwornen zwar über die Glaubwürdigkeit eines jeden Beweismittels, aber nicht über die Glaubwürdigkeit des Geständnisses urtheilen sollen, wie dieses im gegenwärtigen Strafprocesse der Fall. Wenn man dies dem englischen Strafgesetz nachgebildet hat, so ist eben die processualische Auffassung des Geständnisses im englischen Rechte eine andere, als im deutschen, und die Consequenz jener verschiedenartigen Auffassung des Geständnisses konnte daher auch für Deutschland nicht maßgebend sein.

Aber auch bei dem Vorhandensein streitiger Thatsachen braucht ein Beweis dann nicht geführt zu werden, wenn die bestrittene Thatsache auf Notorietät beruht. No-

torisch ist eine Thatsache, wenn dieselbe gerichtskundig ist, d. h. wenn dieselbe der Richter kennt, und zwar in seiner Eigenschaft als Richter. Es ist daher die Gerichtskunde auf dasjenige zu beschränken, was der Richter bei Vornahme irgend welcher amtlicher Functionen kennen gelernt hat und nicht auf dasjenige auszudehnen, was ihm außeramtlich zur Kenntniß gekommen ist. Hierauf allein beschränkt sich aber der Begriff der Notorietät nicht, sondern es ist derselbe auszudehnen auf solche Thatsachen, welche allgemein bekannt sind. Daß dieses der Fall, wird meistentheils nicht bestritten werden. Geschieht es und ist namentlich dem Richter selbst dasjenige nicht bekannt, was als allgemein bekannt gelten kann, so wird es erforderlich, die Existenz der Notorietät selbst darzuthun. Bewiesen wird dann nicht die von der Partei behauptete Thatsache, sondern der Notorietät dieser Thatsache.

Der Beweis einer Thatsache findet auch dann nicht statt, wenn die Gesetze oder die Logik den Richter nöthigen, eine Thatsache deshalb für erwiesen zu erachten, weil eine andere Thatsache, aus welcher die zu erweisende folgt, erwiesen ist. (Präsumtion). Bald wird dabei jeder Gegenbeweis ausgeschlossen (praesumtio juris et de jure), bald ist der Gegenbeweis zulässig. So ist es unzulässig, den Beweis zu führen, daß die von einem Anderen beschworene Thatsache nicht richtig sei, wogegen es zulässig ist, zu beweisen, daß, obwohl ein Kind von der A. geboren worden, während sie mit dem B. verheirathet war, der B. dennoch nicht Vater dieses Kindes sei. Denn der Satz pater est, quem justae nuptiae demonstrant enthält nur eine praesumtio juris. Von diesen praesumtiones juris unterscheiden sich die praesumtiones facti oder praesumtiones hominis nur hinsichtlich ihrer Beweiskraft. Nach den Grundsätzen der s. g. gesetzlichen Beweistheorie, über deren Bedeutung weiter unten gehandelt wird, liefert nämlich die praesumtio juris vollen Beweis, während dies bei der praesumtio facti nicht der Fall sein soll. Dieses Resultat für die Beweiskraft der Präsumtionen gründet sich aber im wesentlichen auf die Zuverlässigkeit der Schlußfolgerung; und daß die betreffende Schlußfolgerung eine zuverlässige sei, das haben dann in einzelnen Fällen, wie z. B. in dem oben angeführten Beispiele, die Gesetze ausdrücklich anerkannt. In anderen Fällen aber, wo dies nicht geschehen, spricht man von praesumtio facti, und es wird dann auf die Individualität des Falles ankommen, um zu entscheiden, wie viel derartige praesumtiones facti beweisen können. Die Präsumtionen sind übrigens für den Strafproceß von sehr viel größerer praktischer Bedeutung als für den Civilproceß. Denn dasjenige, was man im Strafprocesse Indicienbeweis nennt, ist nichts anderes als das Fehlen des Beweises für die zu erweisende Thatsache — daß z. B. NN. eine Sache weggenommen habe — während Thatsachen, aus welchen auf die zu beweisende Thatsache geschlossen werden kann — daß z. B. bei NN. die dem N. gestohlene Sache gefunden — erwiesen werden. Bei jedem Indicienbeweise findet also eine Schlußfolgerung statt, deren Obersatz ein allgemeiner Erfahrungssatz — z. B. wird bei Jemandem eine gestohlene Sache gefunden, so kann derjenige, bei dem diese Sache gefunden, dieselbe gestohlen haben — deren Untersatz eine erwiesene Thatsache ist — z. B. nun ist bei NN. die dem N. gestohlene Sache gefunden — und deren Schluß auf die zu erweisende Thatsache hinführt — z. B. folglich kann NN. die dem N. gehörende Sache gestohlen haben. Die Sicherheit eines Indicienbeweises hängt demnach davon ab, daß der Obersatz der Schlußfolgerung auch wirklich ein anerkannter Erfahrungssatz, daß der Untersatz eine erwiesene — also nicht blos durch eine neue Schlußfolgerung gefundene — Thatsache sei, und daß endlich richtig concludirt wurde. Und wenn diese Voraussetzungen zutreffen, so lautet doch das Beweisresultat, welches ein Indicium gewährt, immer nur: Folglich kann dasjenige geschehen sein, auf dessen Beweis es ankommt. Deshalb müssen bei jedem Indicienbeweise mehrere

und so viele sich gegenseitig unterstützende Indicien zusammentreffen, daß schließlich aus all' dem gewonnenen „kann" ein „muß" sich ergibt.

Wenn der Richter selbst dasjenige mit eigenen Augen sehen, mit eigenen Händen greifen kann, von dessen Existenz die Rechtfertigung eines erhobenen civilrechtlichen oder strafrechtlichen Anspruches ganz oder theilweise abhängt, so findet ein Beweis ebenfalls nicht statt. Denn dasjenige, was der Richter in amtlicher Eigenschaft wahrnimmt, wird dadurch gerichtskundig und somit unbestreitbar. Wenn man daher von einem Beweismittel der „Augenscheineinnahme oder sonstiger sinnlicher Wahrnehmungen des Richters" spricht, so heißt das nichts weiter, als daß in nicht seltenen Fällen die Vornahme der Augenscheineinnahme durch die Parteien selbst beantragt wird und daß bestimmte Vorschriften sowohl zu dem Zwecke getroffen sind, daß der Richter dasjenige auch wirklich sehe, was, wenn er es gesehen, den betreffenden Rechtsanspruch zu stützen geeignet ist, wie auch zu dem weiteren Zwecke, daß dasjenige, was der Richter gesehen, für die Dauer gerichtskundig bleibe.

Ein Beweis findet dann statt, wenn dem Richter die Kenntniß einer Thatsache, die er nicht hat, durch die Thätigkeit der Parteien (Beweisführung) vermittelt wird. Dazu bedienen sich die Parteien der Beweismittel.

Welches die Beweismittel sind, und wie dieselben benutzt werden, ist weiter unten darzustellen. Zunächst kommt es darauf an, festzustellen, was bewiesen werden muß, und welche der Parteien zu beweisen hat.

Was nun die erste Frage anbetrifft, d. h. die Frage, was bewiesen werden müsse, so ist schon angeführt, daß den Gegenstand des Beweises nur solche Thatsachen bilden, welche unter den Parteien streitig sind. Nicht aber erstreckt sich der Beweis auf alle diese streitigen Thatsachen, sondern nur auf die wesentlichen unter denselben. Welche Thatsachen jedoch unter den streitigen Thatsachen zu den wesentlichen gehören, das beantwortet sich in anderer Weise für den Civilproceß und in anderer für den Strafproceß. Im Civilproceß sind nämlich alle diejenigen Thatsachen wesentliche, von welchen die Existenz und die Größe des vermögensrechtlichen Anspruches abhängt; im Strafproceß sind dagegen der Regel nach nur diejenigen Thatsachen wesentliche, von welchen die Existenz des strafrechtlichen Anspruches abhängt, wogegen diejenigen Thatsachen, von welchen die Größe des strafrechtlichen Anspruches abhängt, nicht besonders unter Beweis gestellt werden, demnach also auch nicht für wesentliche erachtet werden. Wenn z. B. im Civilprocesse A. gegen B. klagt, daß B. ihm 100 Thaler schuldig sei, und B. zwar zugesteht, dem A. Geld schuldig zu sein, nicht aber 100 Thaler, sondern nur 50 Thaler, so wird die Frage, ob 100 Thaler oder ob 50 Thaler unter Beweis gestellt — der Beweis bezieht sich also in diesem Falle nicht auf die Existenz eines Rechtsanspruches, da ja die Parteien darin übereinstimmen, daß A. von dem B. Geld zu fordern habe, sondern nur auf die Größe desselben —; wenn dagegen der öffentliche Ankläger gegen den X. wegen eines von diesem begangenen Diebstahls die Strafklage erhebt, so werden nur diejenigen Thatsachen unter Beweis gestellt, von welchen die Existenz des strafrechtlichen Anspruches, also die Begehung des Diebstahls, abhängt, und ist dies erwiesen, oder durch Geständniß des Angeklagten der Beweis überflüssig gemacht, so wird darüber, ob der Angeklagte zu zwei Monaten oder zu zwei Jahren zu verurtheilen, ein Beweis nicht mehr erhoben.

Diejenigen Thatsachen nun, welche den Gegenstand des Beweises bilden, werden in einem Satze zusammengefaßt, dem Beweissatze, der freilich je nach der verschiedenen Art des Verfahrens eine verschiedenartige Form annimmt. In dem Civilproceß findet sich dieser Beweissatz in dem das erste Verfahren abschließenden Beweisurtheil (vergl weiter unten) — oder falls der Civilproceß das Beweisurtheil nicht kennt, in der Beweis-

resolution. Im Strafprocesse dagegen wird statt des Beweissatzes die den Geschwornen vorzulegende Frage formulirt, während in nicht schwurgerichtlichen Sachen die „thatsächliche Feststellung" die gleiche Bedeutung hat, wie die von den Geschwornen beantwortete Frage.

Die weitere Frage aber, nämlich die, wer beweisen müsse, ist die Frage nach der Beweislast. Der heutige Proceß beantwortet diese Frage damit, daß er derjenigen Partei die Beweislast auferlegt, welche die für die Entscheidung des Processes wesentliche streitige Thatsache behauptet hat. „Wer behauptet, muß beweisen" — was indessen nicht identisch ist mit dem Satze: „der Kläger muß beweisen." Denn es können Fälle vorkommen, in denen der Verklagte, und Fälle, in denen sowohl der Kläger, wie auch der Verklagte beweist; z. B. 1) A klagt gegen B., weil B. das von A. erhaltene Darlehn im Betrage von 100 Thalern nicht zurückgezahlt habe. B. bestreitet, das Darlehn erhalten zu haben. In diesem Falle behauptet allein A. die streitige Thatsache und muß dieselbe demnach beweisen. 2) A. klagt, gegen B., ebenso wie in dem vorigen Falle; B. antwortet: Es ist richtig, ich habe von dem Kläger 100 Thaler als Darlehn erhalten, aber ich bin nicht verpflichtet, ihm dieselben zurückzuzahlen, da ich eine Gegenforderung in gleichem Betrage gegen A. habe. Dieser letzteren die Gegenforderung betreffenden Behauptung des Verklagten widerspricht wieder der Kläger. In diesem Falle geht die streitige Behauptung von dem Verklagten aus und demnach trifft diesen die Beweislast. 3) Auf die gleiche Klage, wie in den beiden vorhergehenden Fällen antwortet der Verklagte: Ich bestreite, von dem Kläger 100 Thaler erhalten zu haben; hätte ich sie aber auch erhalten, so brauche ich sie ihm doch nicht wiederzugeben, da mir der Kläger ebenfalls 100 Thaler schuldig ist. Letzteres bestreitet wieder der Kläger. In diesem Falle muß jedenfalls Kläger die von ihm aufgestellte und seitens des Verklagten bestrittene Behauptung beweisen. Gelänge ihm dieses und stände dann dem Kläger nur die unbewiesene Behauptung des Beklagten hinsichtlich der Gegenforderung entgegen, so würde Kläger der obsiegende Theil bleiben. Deshalb liegt es im Interesse des Verklagten, seine die Gegenforderung gegen den Kläger betreffende Behauptung für den Fall daß der klägerische Beweis gelingen sollte ebenfalls zu beweisen. So beweist denn neben dem Kläger auch der Verklagte; jener führt den Hauptbeweis, dieser den Gegenbeweis. Auch im Strafproceß ist die Beweislast unter den Parteien vertheilt. Der Ankläger muß alles dasjenige beweisen, was zur Begründung der Anklage gehört; er beweist z. B. durch den Taufschein eines Mädchens, daß dasselbe an einem bestimmten Tage 13 Jahre 11 Monate und 29 Tage alt gewesen, er beweist durch Zeugenaussagen, daß der Angeklagte an jenem Tage mit diesem selben Mädchen unzüchtige Handlungen vorgenommen habe — es würde damit ein Ankläger, welcher seinen Strafanspruch auf die Bestimmungen des preußischen Strafgesetzbuchs stützt, alles dasjenige bewiesen haben, was er beweisen muß, um eine Verurtheilung des Angeklagten herbeizuführen. Nun behauptet aber der Angeklagte, daß ihm der Umstand, daß das betreffende Mädchen ihr vierzehntes Lebensjahr noch nicht vollendet gehabt habe, unbekannt geblieben sei. Diese Behauptung zu erweisen ist nun des Angeklagten Sache; er hat die Beweislast für diesen Strafausschließungsgrund zu übernehmen. Daß der Richter bei diesem Defensionalbeweis den Angeklagten ebenso zu unterstützen hat, wie den Ankläger bei Führung des Belastungsbeweises, folgt aus dem Grundsatz der Gleichheit der Parteien. Und diese Vertheilung der Beweislast im Strafprocesse findet sich nicht nur bei dem accusatorischen, sondern auch bei dem inquisitorischen Processe. Der Richter muß diejenigen Beweismittel herbeischaffen, welche die Schuld des Angeklagten darthun und darf abwarten, was der Angeschuldigte zum Zwecke seiner Vertheidigung anführt. Aber freilich soll der inquirirende Richter auch dafür sorgen, daß kein Unschuldiger verurtheilt werde und demgemäß wird er dem Angeschuldigten den Beweis des Strafausschließungs= oder des

Strafmilderungsgrundes nicht allein überlassen dürfen, sondern er wird verpflichtet sein, sobald der Angeschuldigte eine zu seiner Vertheidigung dienende Behauptung mit einiger Wahrscheinlichkeit aufzustellen vermag, dem Grunde dieser Behauptung selbst nachzugehen und so für den Angeschuldigten den Defensionalbeweis zu führen. In einer ähnlichen Stellung wird sich auch der Staatsanwalt in unserem deutsch-französischen Processe befinden, wenn ihm durch das Gesetz vorgeschrieben wird, er habe darauf zu sehen, sowohl, daß kein Schuldiger befreit, wie auch, daß kein Unschuldiger verfolgt werde; und in einer ähnlichen Lage wird sich auch der Richter befinden, und zwar nicht blos der Untersuchungsrichter, welcher dem Angeschuldigten durchaus so gegenübersteht, wie der Inquirent im früheren Untersuchungsproceß, sondern auch der erkennende Richter des Hauptverfahrens, da auch er dazu gehalten ist, durch Inquiriren die wahre Sachlage zu erforschen. Diese Umstände bewirken denn, daß die Beweislast in unserm heutigen deutschen Strafprocesse nicht so klar vertheilt erscheint, als dies beim Vorhandensein eines consequent durchgeführten Anklageprocesses der Fall sein würde. Freilich wird auch bei letzterem der öffentliche Ankläger auf die dem Angeklagten zu Gebote stehenden Vertheidigungsgründe und Entlastungsbeweismittel Rücksicht nehmen müssen — fragt doch auch jeder verständige Advokat seinen Clienten, der einen Anderen verklagen will, ganz gewiß nach den Einwänden, welche der Verklagte der etwa zu erhebenden Klage entgegensetzen kann — aber wenn dies geschieht, so geschieht es nicht im Interesse des Angeklagten, sondern lediglich im Interesse der Anklage selbst. Denn nicht darauf kommt es an, daß Anklagen *erhoben*, sondern darauf, daß sie mit *Erfolg* erhoben werden. Und um zu beurtheilen, ob man eine Anklage *mit Erfolg* werde erheben können, muß man auch berücksichtigen, was der Anzuklagende gegen die Anklage etwa vorzubringen im Stande sein werde; und findet der Ankläger, daß der Vertheidigungsbeweis die Anklage zurückschlagen könnte, so wird er von Erhebung der Anklage zurückstehen, nicht, um den Angeklagten zu schützen, sondern um nicht eine erfolglose Anklage zu erheben.

Die Frage sodann, *wie* bewiesen werden müsse, beantworten die s. g. *Beweistheorien*. Man unterscheidet dem Worte nach zwei verschiedene Beweistheorien, die s. g. *gesetzliche* Beweistheorie und die s. g. *Ueberzeugungstheorie*. Der Unterschied beider wird durch Folgendes klar werden. Man sagt sich: Jede Beweisführung hat den Zweck, zu erkennen, was in früherer Zeit geschehen ist. Die Wahrheit aber zu erkennen ist schwer und menschliche Schwäche führt zu Irrthümern. Es entsteht somit die Frage, wie können die Irrthümer vermieden werden? Das Gesetz beantwortet diese Frage damit, daß es sich auf die Erfahrung stützt, und sagt: die Erfahrung lehrt, daß sich Irrthümer vermeiden lassen, wenn für die Beweisführung *erstens* nur diese bestimmten Beweismittel und keine anderen angewandt werden, wenn *zweitens* bei der Benutzung dieser für zulässig erklärten Beweismittel auch eine bestimmte Form beobachtet wird, und wenn *drittens* die Wirkung, welche die zuverlässigen und in zuverlässiger Form benutzten Beweismittel auf die Ueberzeugung des Richters ausüben dürfen, nicht jede beliebige, sondern nur diese bestimmte ist. Wenn in dieser Weise die drei Fragen: 1) *welche* Beweismittel dürfen benutzt werden? 2) welche *Formen* sind bei der Beweisführung zu beobachten? 3) welche Wirkung haben die Beweismittel auf die Ueberzeugung des Richters? — wenn diese drei Fragen durch das Proceßgesetz beantwortet werden, so anerkennt dieses Proceßgesetz die *gesetzliche* Beweistheorie. Wir wollen nun aber die drei soeben aufgestellten Fragen noch einmal aufstellen, dieselben aber von einem anderen Proceßgesetze beantworten lassen. Also: 1) Welche Beweismittel dürfen benutzt werden? Antwort: darüber bestimmt das Gesetz nichts, mithin alles und jedes, was, wenn auch nur für den vorliegenden Fall, als ein zweckmäßiges Wahrheitserforschungsmittel sich dar-

stellt. 2) Welche Form ist bei der Beweiserhebung zu beobachten? Antwort: darüber kann selbstverständlich das Gesetz gar nichts bestimmen; denn will es überhaupt die Form der Beweiserhebung vorschreiben, so kann es dieses nur thun unter der Voraussetzung, daß die zu benutzenden Beweismittel selbst bestimmt sind. Wenn dagegen das Gesetz selbst erklärt, es gar nicht zu wissen, welche Beweismittel vorkommenden Falles benutzt werden, so muß es auch darauf verzichten, die Form der Beweiserhebung vorzuschreiben. Es wäre zwar möglich, daß auch in diesem Falle für einzelne der bekannteren Beweismittel die Form der Beweiserhebung vorgeschrieben würde; das Gesetz erklärt aber, daß es derartige Vorschriften nicht treffen wolle. 3) Welche Wirkung übt der geführte Beweis auf die Ueberzeugung des Richters aus? Antwort: darüber bestimmt das Gesetz gar nichts, überläßt dieses vielmehr der individuellen richterlichen Ueberzeugung. Ein Proceßgesetz nun, welches diese drei Fragen in der Weise beantwortete, wie dies soeben angenommen ist, ein solches Gesetz anerkennt die s. g. Ueberzeugungstheorie. In dem ersteren Falle, dem der gesetzlichen Beweistheorie anerkennt man die Resultate jahrhundertalter Erfahrungen und sucht durch dieselben Sicherheit in die Beweisführung zu bringen, gestattet dagegen der Kritik des einzelnen Richters hinsichtlich der Beurtheilung der in dem einzelnen Falle vorgebrachten Beweismittel nur geringen Spielraum. In dem letzteren Falle stützt man die Sicherheit der Beweisführung lediglich auf die Beurtheilungsfähigkeit des einzelnen Richters ohne irgendwie voraufgegangenen allgemeinen Erfahrungen Bedeutsamkeit einzuräumen. Es ist nun auch möglich, weder dem einen noch dem anderen Extreme nachzugeben, sondern das Beweissystem so zu reguliren, daß sowohl der Beurtheilung des einzelnen Falles durch diesen Richter, wie auch den allgemein gemachten Erfahrungen über die Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit geführter Beweise gebührend Rechnung getragen werde. Man kann beispielsweise bestimmen: 1) Zuverlässig sollen nur diese im Gesetze speciell bezeichneten Beweismittel sein und keine anderen; — dies wäre ein Satz, welcher der gesetzlichen Beweistheorie angehörte — 2) Diese zuverlässigen Beweismittel sollen nur in dieser und in keiner anderen Form benutzt werden — auch dieser Satz würde der gesetzlichen Beweistheorie angehören — 3) Welche Wirkung die gesetzlich zulässigen, in gesetzlich vorgeschriebener Form erhobenen Beweismittel auf die Ueberzeugung des Richters ausüben, das soll lediglich von der Beurtheilung des den vorliegenden einzelnen Fall entscheidenden Richters abhängen — dieser Satz würde der Ueberzeugungstheorie angehören. Aber auch dann, wenn die Beweisführung z. B. wie dies eben angenommen wurde, geregelt ist, spricht man von Ueberzeugungstheorie, so daß hieraus erhellt, wie aus dem bloßen Worte noch nicht hervorgeht, wie die Beweisfürung in einem einzelnen Proceßgesetze geregelt ist, daß vielmehr, um dies zu wissen, die Kenntniß der einzelnen Bestimmungen dieses Proceßgesetzes erforderlich ist.

An sich kann die eine oder die andere Beweistheorie sowohl im Civilprocesse wie auch im Strafprocesse anerkannt sein. Denn der Feststellung der formalen Wahrheit, um welche es sich im Civilprocesse handelt, würde die umfassendste Anerkennung der Ueberzeugungstheorie nicht widersprechen, da das Recht der Parteien, nur dasjenige zu behaupten und nur dasjenige zu beweisen, was ihren Privatinteressen am entsprechendsten sein möchte, neben der Anerkennung der Ueberzeugungstheorie wohl bestehen bleiben kann. Und ebenso wenig widerspricht die gesetzliche Beweistheorie der Aufgabe des Strafprocesses die materielle Wahrheit zu erforschen, da die gesetzliche Beweistheorie nichts weiter für sich behauptet, als daß ohne Beobachtung der im Gesetze aufgestellten Regeln die Wahrheit überhaupt nicht mit Sicherheit ermittelt werden könne. Aber obwohl dem so ist, neigt man sich im allgemeinen dazu, der gesetzlichen Beweistheorie eine größere Berechtigung für den Civilproceß und der Ueberzeugungstheorie eine größere Berechtigung für den Straf-

proceß einzuräumen. Für letzteres führt man auch wohl als Argument die Existenz der Geschwornengerichte im Strafprocesse an; und nicht selten hört man Geschwornengerichte und Ueberzeugungstheorie in einen solchen Zusammenhang mit einander bringen, als ob eins ohne das andere nicht existiren könne. Diese Auffassung ist jedoch nicht eine berechtigte. Denn, wenn ein Proceßgesetz bestimmt, daß nur gewisse Beweismittel und keine anderen als diese zulässig seien, so wird der Richter andere als die durch das Gesetz für zulässig erklärten Beweismittel zur Benutzung nicht zulassen; wenn das Gesetz sagt, daß bei der Benutzung der zulässigen Beweismittel eine bestimmte Form beobachtet werden solle, so wird der Richter auch in Geschwornensachen darauf zu sehen haben, daß dieses geschehe. Und selbst wenn das Gesetz bestimmte, daß Beweismittel nur unter dieser oder jener Voraussetzung Glaubwürdigkeit erlangen sollten — wie wenn z. B. bestimmt würde, daß wegen Meineides oder wegen Hochverrathes nur dann verurtheilt werden solle, wenn die übereinstimmenden Aussagen zweier Zeugen gegen den Angeklagten vorliegen, so würde dies kein Hinderniß sein — und die Praxis des englischen Rechts liefert hierfür den Beweis — dennoch mit einer solchen gesetzlichen Beweisregel auch vor Geschwornen zu procediren.

Die gesetzliche Beweistheorie hat aber noch zu folgenden processualischen Erscheinungen geführt. Nimmt man nämlich an, daß das Gesetz bestimmt, der Richter dürfe nur unter gewissen Voraussetzungen von der Wahrheit des zu Erweisenden überzeugt sein, so kann auch wohl der Fall eintreten, daß diesen Erfordernissen zwar nicht ganz, aber doch zum Theil entsprochen ist; woraus man denn schloß, der Richter werde durch eine derartige Beweisführung zwar theilweise, aber nicht ganz überzeugt sein — was man auch so ausdrückt, daß man sagt, es sei zwar bewiesen, aber es sei nicht vollbewiesen, sondern statt des vollen Beweises sei nur halber oder mehr als halber, oder weniger als halber Beweis geführt. Es wird das aus folgendem Beispiel klar: das Gesetz bestimmt: wenn durch Zeugen bewiesen wird, soll die zu beweisende Thatsache durch die übereinstimmende Aussage zweier glaubwürdiger Zeugen bekundet werden. Diesem Erforderniß werde nun aber nicht genügt, sondern es werde die zu beweisende Thatsache nur bekundet entweder durch einen glaubwürdigen Zeugen (halber Beweis) oder durch einen glaubwürdigen und einen, wenn auch an sich tauglichen, so doch unglaubwürdigen Zeugen (mehr als halber Beweis) oder endlich nur durch einen und zwar nicht glaubwürdigen Zeugen (weniger als halber Beweis). Etwas, so nimmt man an, ist auch bei halbem und selbst bei weniger als halbem Beweise bewiesen, und man kann diesen theilweisen Beweis auch nicht ganz unberücksichtigt lassen. Für den Civilproceß bedient man sich dann eines noch weiter unten näher zu charakterisirenden Aushülfsmittels, des s. g. nothwendigen Eides, während man im Strafprocesse in der Weise argumentirte, daß man sagte: Zur Verurtheilung in die ordentliche Strafe gehört voller Beweis; dieser ist nicht geführt, mithin kann von einer Verurtheilung zur ordentlichen Strafe nicht die Rede sein; aber genug ist bewiesen, um eine geringere, als die von dem Strafgesetze bestimmte, d. h. die ordentliche Strafe, eintreten zu lassen; wir verurtheilen daher zu dieser geringeren, d. h. zu einer außerordentlichen Strafe; oder es ist nicht einmal so viel bewiesen, daß sich die außerordentliche Strafe rechtfertigen würde, aber das was bewiesen ist, läßt ververmuthen, daß sich weiterhin noch Beweise für die Schuld finden werden; wir sprechen daher nicht definitiv, sondern nur vorläufig frei (absolutio ab instantia). Diese strafprocessualischen Mißbräuche fallen selbstverständlich fort, sobald die Wirkung der benutzten Beweismittel auf die Ueberzeugung des Richters nicht mehr durch gesetzliche Vorschriften bestimmt wird — aber auch, wenn derartige Bestimmungen existirten, würde es noch immer möglich sein zu sagen, daß die Verurtheilung die ausschließliche Folge des vollen

Beweises sei, daß daher, wo dieser nicht vorliegt, immer nur Freisprechung eintreten müsse, niemals aber Verurtheilung zu einer außerordentlichen Strafe oder die absolutio ab instantia mit ihrem Damoklesschwert der von neuem aufzunehmenden Untersuchung.

Nachdem bereits oben die Bedeutsamkeit des Geständnisses, der Präsumtionen, der Indicien, der Augenscheineinnahme für den Beweis hervorgehoben, bleibt noch übrig über die Beweismittel der Zeugen, der Sachverständigen, der Urkunden und des Eides das Erforderliche anzuführen. Voraufzuschicken ist dabei die Bemerkung, daß die ersten drei der genannten Beweismittel dem Civilproceß und Strafproceß gemeinsam sind, während der Eid als selbstständiges Beweismittel ausschließlich dem Civilproceß angehört.

1) Zeugen sind Personen, welche an der Proceßführung unbetheiligt sind, und vor Gericht über Thatsachen, welche sie selbst sinnlich wahrgenommen haben, aussagen. Zur Ablegung des Zeugnisses sind — insoweit das Gesetz selbst hiervon nicht ausdrücklich Ausnahmen gemacht hat, — sämmtliche Staatsangehörige verpflichtet. Unter Zeugenzwang ist die Anwendung derjenigen Zwangsmittel zu verstehen, welche die Gerichte gegen den renitenten Zeugen in Anwendung bringen dürfen, um denselben zur Erfüllung seiner Pflicht zu nöthigen. Es bestehen diese Zwangsmittel in Geldbußen und Freiheitsentziehungen. Die Zeugenpflicht selbst enthält aber dreierlei. Erstens, die Pflicht nach voraufgegangener Vorladung vor Gericht zu erscheinen; zweitens, vor Gericht dasjenige auszusagen, wonach gefragt wird — d. h. die Pflicht das Zeugniß abzulegen, welche Pflicht sich übrigens nicht blos beschränkt auf das specielle Beantworten der speciell gestellten Fragen, sondern sich auch erstreckt auf die allgemeine Beantwortung der allgemeinen Frage: „Was wissen Sie von der Sache." Drittens aber enthält die Zeugnißpflicht auch die Verpflichtung, die Aussagen, welche der Zeuge vor Gericht gemacht hat, zu beschwören, d. h. den Zeugeneid zu leisten. Als Zeugen sollen nur solche Personen zugelassen werden, welche taugliche Zeugen sind. Verdächtige Zeugen können benutzt werden, wenn auch ihre Aussagen einen geringeren Grad von Glaubwürdigkeit haben, als die Aussagen derjenigen Zeugen, denen ein Verdachtsgrund nicht entgegensteht. Der Unterschied aber zwischen den untauglichen und den verdächtigen Zeugen besteht darin, daß die ersteren, nämlich die untauglichen Zeugen, entweder aus physischen Gründen — z. B. der Taube kann nicht aussagen, was er gehört hat, — die Wahrheit nicht sagen können, oder aus juristischen Gründen — z. B. dem Zeugen sind die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, der Zeuge ist früher wegen Meineids verurtheilt — dafür erachtet werden, daß sie die Wahrheit nicht sagen können; während die verdächtigen Zeugen zwar die Wahrheit sagen können, dieselben aber aus bestimmten Gründen, z. B. Verwandtschaft, Freundschaft oder Feindschaft mit einer der Parteien, muthmaßlich nicht sagen wollen. Auf zweierlei ist hierbei aufmerksam zu machen. Erstens darauf, daß der Unterschied zwischen verdächtigen und nicht verdächtigen Zeugen nur unter den tauglichen Zeugen gemacht werden kann, daß mithin die Behauptung, ein Zeuge sei ein verdächtiger Zeuge zugleich die Behauptung involvirt, daß der Zeuge ein tauglicher Zeuge sei. Zweitens darauf, daß die juristischen Untauglichkeitsgründe und die Verdachtsgründe einigermaßen in einander verfließen, was sich daraus erklärt, daß das „die Wahrheit nicht sagen wollen" leicht so intensiv werden kann, daß es dem „die Wahrheit nicht sagen können" gleich zu achten ist. Welches daher die juristischen Untauglichkeitsgründe, und welches im Gegensatze hierzu die Verdachtsgründe sind, darüber kann nur das einzelne positive Proceßgesetz Auskunft geben. Die Frage darf wenigstens angeregt werden, ob es für das Beweisrecht nicht besser wäre, wenn man die juristischen Untaug-

lichkeitsgründe als absolute Untauglichkeitsgründe überhaupt aufgibt, und statt dessen die Untauglichkeit des einzelnen Zeugen für diese Sache durch richterlichen Beschluß feststellen läßt.

2) Die Sachverständigen (Experten, artis periti) vermitteln dem Richter die Kenntniß solcher Dinge, welche nur unter der Voraussetzung specieller wissenschaftlicher oder technischer Kenntniß und Erfahrung erkannt werden können. Bald kommt es für die Sachverständigen darauf an, ihre Sinneswahrnehmung da eintreten zu lassen, wo eine technisch geübte Sinneswahrnehmung erforderlich ist — z. B. ist der vom Verkäufer gelieferte Kaffee Mokha= oder Javakaffee; sind die an der Axt wahrgenommenen Flecken Blutflecken oder nicht — bald darauf, das auch für den ungeübten Sinn Wahrnehmbare in seinen Folgerungen richtig zu beurtheilen — z. B. wie groß ist der Schaden, welcher durch einen Hagelschlag entstanden; hat die wahrgenommene Wunde den Tod zur Folge gehabt oder nicht. — Die urtheilende oder wahrnehmende Thätigkeit der Sachverständigen läßt sich aber in den meisten Fällen nicht von einander trennen und ist es danach für die processualische Stellung des Sachverständigen gleichgültig, ob er vorzugsweise sinnlich wahrnimmt, oder vorzugsweise urtheilt. Ein Zwang zur Abgabe sachverständiger Gutachten ist, insoweit derselbe sich nicht, wie dies beispielsweise bei den vom Staate angestellten Gerichtsärzten der Fall, auf die Amtspflicht zurückführen läßt, nicht anzuerkennen. Die Analogie des Zeugenzwanges genügt nicht, um einen derartigen Zwang zur Abgabe von sachverständigen Gutachten zu rechtfertigen. Denn Zwangspflichten dürfen durch Anwendung der Analogie überhaupt nicht erweitert werden, und abgesehen hievon besteht auch zwischen den Zeugen und den Sachverständigen der sehr erhebliche Unterschied, daß die Zeugen, insofern sie nicht zur Wahrnehmung ausdrücklich herangezogen werden (Urkundspersonen) ihre Kenntniß von der Sache regelmäßig nur einem Zufalle verdanken und daß deshalb der Zeugenbeweis auf die Aussage derjenigen Personen beschränkt bleiben muß, welche zufällig etwas von der Sache wahrgenommen haben, während man sich die Sachverständigen aussuchen kann. Aus diesem Grunde wird man auch solche Sachverständige nicht zum Beweise benutzen, welche, wenn sie Zeugen wären, als verdächtige Zeugen gelten würden. Die Stellung der Sachverständigen im Processe wird dadurch bedingt, daß dieselben Beweismittel sind. Und so wie der Richter überhaupt die Glaubwürdigkeit der Beweismittel, bald nach den Grundsätzen der gesetzlichen Beweistheorie, bald nach den Grundsätzen der Ueberzeugungstheorie zu prüfen hat, so hat er auch zu prüfen, ob die Gutachten der Sachverständigen glaubwürdig sind. Das soll nicht heißen, daß der Richter die Sache schließlich doch besser verstehe, als der Sachverständige, sondern es soll heißen, daß der Richter eine Thatsache in Folge des sachverständigen Gutachtens nur dann für erwiesen annehmen soll, wenn er durch das Gutachten des Sachverständigen überzeugt worden ist, wobei es ganz gleichgültig ist, ob der Richter, welcher überzeugt werden soll, ein rechtsgelehrter Richter oder ein Geschworner ist. Hieraus ergibt sich denn für den Beweis durch Sachverständige, daß die Begründung des Gutachtens ebenso wichtig ist, wie das Gutachten selbst, ja, daß ein sachverständiges Gutachten ohne Begründung processualisch überhaupt nicht denkbar ist.

3) Wenn durch Urkunden der Beweis geführt wird, so kommt es darauf an, daß die Urkunde echt ist und der Inhalt der Urkunde beweisen kann. Was nun den Beweis der Echtheit einer Urkunde anbetrifft, so wird man öffentliche Urkunden von Privaturkunden unterscheiden müssen. Die öffentlichen Urkunden sind solche, welche entweder von einem Notar, oder von einem öffentlichen Beamten innerhalb seiner Competenz ausgestellt sind. Wie umfänglich eine solche Urkunde ist, ist natürlich ganz gleichgültig — der kurze Präsentationsvermerk auf einer Proceßschrift ist z. B. eine öffentliche Urkunde — und die Form der öffentlichen Urkunde ist zwar so wesentlich, daß ohne

Beobachtung der für diese Art der öffentlichen Urkunden vorgeschriebenen Form, diese Art der öffentlichen Urkunden gar nicht entstehen kann; aber die Formen der öffentlichen Urkunden sind ebenso verschiedenartig, als die öffentlichen Urkunden selbst es sind. Die öffentlichen Urkunden haben Präsumtion für ihre Echtheit, d. h. diejenige Partei, welche durch eine öffentliche Urkunde beweisen will, braucht die Echtheit derselben nicht darzuthun, vielmehr würde es Sache der Gegenpartei sein, die Unechtheit derselben zu beweisen. Auch, daß dasjenige Ereigniß, diejenige Thatsache, derjenige Vorgang, welcher in der öffentlichen Urkunde bekundet wird, der Wahrheit entsprechend sei — also z. B., daß nicht blos eine Forderung ingrossirt sei, sondern daß, weil eine Forderung ingrossirt ist, auch eine Schuld bestanden habe — wird bei öffentlichen Urkunden präsumirt, so daß also ein vollständiger Gegenbeweis nothwendig ist, um darzuthun, daß der in einer öffentlichen Urkunde verzeichnete Vorgang der Wahrheit nicht entsprechend sei. Auf öffentliche Urkunden gestützt kann jede der Parteien, gleichviel von wem die öffentliche Urkunde ausgestellt ist, dasjenige beweisen, was durch den Inhalt dieser öffentlichen Urkunde sich beweisen läßt und zwar ist dieser Beweis nach den Grundsätzen der gesetzlichen Beweistheorie ein voller Beweis. Auch durch Privaturkunden kann voller Beweis geführt werden; im übrigen aber ist deren processualische Stellung eine wesentlich andere, als die der öffentlichen Urkunden. Zunächst können nur solche Privaturkunden benutzt werden, welche von einer der streitenden Parteien ausgestellt sind, nicht auch solche, die von dritten Personen herrühren — letztere könnten höchstens im Strafprocesse die Bedeutsamkeit von Indicien erlangen. — Würde nämlich beispielsweise der von A. verklagte B. bei seiner Klagebeantwortung behaupten: Ich habe dem A. die eingeklagten 100 Thaler zurückgezahlt, Beweis hiefür ein Schriftstück, in welchem X. erklärt, gesehen zu haben, wie ich dem A. die fraglichen 100 Thaler ausgezahlt und A. dieselben eingesteckt; so würde ein solches Schriftstück um deswillen nichts beweisen, weil diese schriftlich niedergelegte Aeußerung des X. ihrer Natur nach ein Zeugniß enthält, welches aber unberücksichtigt bleiben muß, weil es weder mündlich vor dem Richter abgegeben, noch auch beeidigt ist. Sodann aber hat die Privaturkunde nicht wie die öffentliche Urkunde Präsumtion ihrer Echtheit. Es muß diese daher, falls sie von der Gegenpartei bestritten wird, erwiesen werden. Um dieses zu thun, bedient man sich im Civilproceß neben anderen Beweismitteln auch des s. g. Diffessionseides. Es ist dieses eine besondere Art des zugeschobenen Eides (jus jurandum delatum) und bedeutet derselbe, daß, falls Product (in dem Beweisverfahren heißt die den Beweis führende Partei der Producent, die dem Beweisführer gegenüberstehende Partei der Product) die Unechtheit derjenigen Urkunde, deren Echtheit er bestreitet, eidlich erhärten sollte, Producent auf das Beweismittel der Urkunde verzichten wolle. Im Strafprocesse kann der Diffessionseid nicht benutzt werden, da im Strafprocesse überhaupt jede Art des zugeschobenen Eides unzuläßig ist. Man bedient sich im Strafprocesse neben anderen Beweismitteln der Vergleichung der Handschriften (comparatio litterarum) einer speciellen Art des Sachverständigen-Beweises, indem man diejenige Schrift, von welcher es zweifelhaft ist ob sie von dem Angeklagten herrührt, durch Schreibverständige mit einer solchen Schrift vergleichen läßt, welche unzweifelhaft von dem Angeklagten herrührt. Für die Beweiskraft der echten Privaturkunde ist namentlich der Satz: scriptura pro scribente non probat — die Urkunde beweist nicht zu Gunsten ihres Ausstellers — bemerkenswerth; d. h. durch eine von mir ausgestellte Urkunde kann ich nicht etwas mir selbst Vortheilhaftes, sondern es kann nur mein Gegner etwas mir Nachtheiliges beweisen. Der Grund hiefür ist der, daß ich auch durch meine Behauptungen nichts für mich, aus meinen Geständnissen mein Gegner aber gegen mich beweisen kann. Von zweifelhafterer Bedeutung ist dagegen der Satz: referens sine relato non probat, — wenn in einer

Urkunde (referens) sich Mittheilungen über den Inhalt einer anderen Urkunde (relatum) befinden, so soll hierauf nichts gegeben, vielmehr die Beibringung jener zweiten Urkunde abgewartet werden. — Zweifelhaft ist dieser Satz, weil die Thatsache, daß die producirte Urkunde über den Inhalt einer anderen referirt, nicht in Abrede gestellt werden kann; wie viel dann freilich das Referat selbst zu beweisen im Stande ist, kann nur mit Bezug auf den concreten Fall beurtheilt werden. Befindet sich eine Urkunde, durch welche eine Partei beweisen will, im Besitze des Gegners oder einer dritten Person, so kann die Edition, die Herausgabe dieser Urkunde, verlangt werden. Der Editionseid ist das eidliche Ableugnen des Besitzes der verlangten Urkunde.

4) Der Eid. Im allgemeinen existirt ein Recht auf Wahrheit nicht. Wenn aber Jemand versichert, daß er die Wahrheit sagen werde, und durch Beobachtung bestimmter Formalitäten und in feierlicher Weise documentirt, daß er dieser Verpflichtung nachkommen wolle, so entsteht hieraus allerdings ein Recht auf Wahrheit. Der Eid ist die Versicherung der Wahrheit dessen, was eidlich versichert wird, unter der Beobachtung bestimmter Formalitäten. Ohne Eid würde die Beweisführung überhaupt nicht möglich sein. Zeugen= und Sachverständigen=Beweis basiren auf der Vereidigung der Zeugen, resp. der Sachverständigen — bei dem Urkundenbeweise kommt der Diffessionseid in Betracht; der Zeugen= und Sachverständigeneid ist so ein wesentlicher Bestandtheil des Zeugen= und Sachverständigenbeweises und der Diffessionseid ist selbst ein Beweismittel zur Gewinnung eines anderen Beweismittels. — Zeugen= und Sachverständigeneid gehören dem Civilprocesse und dem Strafprocesse an. Ueberall aber, wo der Eid als selbstständiges Beweismittel auftritt, erscheint er nur im Civilprocesse. Und dieser Proceßeid ist bald der freiwillige Eid (juramentum voluntarium) bald der nothwendige Eid (juramentum necessarium). Das Vorkommen des freiwilligen Eides hängt von der beweisführenden Partei ab; und wird dies Beweismittel in der Weise benutzt, daß nicht der Beweisführende selbst schwört, sondern daß er die ihm gegenüberstehende Partei nöthigt, zu schwören (Eidesantrag, Eidesdelation, jus jurandum delatum). Die Eidesdelation hat den Sinn, daß der Beweisführer (der Producent, welcher sich des Eidesantrages als Beweismittels bedient, heißt Deferent, der Product in diesem Falle der Delat) erklärt, er werde von der Behauptung einer ihm vom Gegner bestrittenen Thatsache Abstand nehmen, falls Delat die Unwahrheit dieser Thatsache eidlich bekräftigen wolle. Dieser Eidesantrag kann nun folgende Wirkungen haben: 1) Delat acceptirt den ihm zugeschobenen Eid und schwört denselben: dann ist die Unwahrheit der vom Deferenten behaupteten Thatsache dargethan. 2) Delat acceptirt zwar den ihm zugeschobenen Eid, vermag denselben indessen nicht auszuschwören; dann ist die Wahrheit der vom Deferenten aufgestellten Thatsache bewiesen. 3) Delat erklärt, zwar nicht schwören, wohl aber die Unrichtigkeit der vom Deferenten behaupteten Thatsache durch andere Beweismittel darthun zu wollen (Gewissensvertretung). 4) Delat schiebt den ihm vom Deferenten zugeschobenen Eid diesem zurück, d. h. Delat überläßt dem Deferenten die Richtigkeit der von ihm behaupteten Thatsachen zu beschwören (Eidesrelation. Delat wird dabei Referent und Deferent wird Relat). Die Eidesrelation hat abgesehen davon, daß ein referirter Eid nicht von neuem referirt werden kann, für den Relaten die gleichen Wirkungen, wie die Eidesdelation für den Delaten. Zweifelhaft ist es allerdings, ob Relat zur Gewissensvertretung greifen dürfe — aber das ganze Institut der Gewissensvertretung hat etwas Zweifelhaftes. — Der nothwendige Eid ist nicht ein Beweismittel, welches in der Hand der Parteien, sondern ein solches, welches in der Hand des Richters liegt (der nothwendige Eid wird vom Richter auferlegt), er ist ein Beweismittel, welches niemals für sich allein vorkommt, sondern immer eine voraufgegangene Beweisführung voraussetzt, und zwar eine solche, welche nach

den Grundsätzen der gesetzlichen Beweistheorie zu einem vollen Beweise nicht geführt hat. Findet der Richter, daß Producent mindestens halben Beweis geführt hat, so läßt er ergänzungsweise den Beweisführer die Richtigkeit seiner noch nicht voll bewiesenen Behauptung beschwören (Ergänzungseid, juramentum suppletorium). Erfolgt der Schwur, so ist voller Beweis geliefert; wird der auferlegte Eid nicht geschworen, so bleibt nicht etwa der halbe Beweis übrig, sondern es ist in solchem Falle dann gar nichts bewiesen. Die Frage, ob genug erwiesen sei, um den Erfüllungseid zuzulassen, hängt von richterlicher Beurtheilung ab; praktisch wird daher die Frage ganz überflüssig, wie es zu halten, wenn gerade halber Beweis geliefert wurde. Der Reinigungseid (juramentum purgatorium) soll dem Producten alsdann gewährt werden, wenn Producent nicht einmal halben Beweis geliefert hat. Es setzt dies aber voraus, daß durch diesen weniger als halben Beweis Product in irgend einer Weise verdächtigt worden sei. Es ist daher diese Art des nothwendigen Eides wenn überhaupt so nur bei einzelnen Arten von Sachen (Ehesachen, Schwängerungssachen) anerkannt. Schwört Product den ihm auferlegten Reinigungseid nicht, so bewirkt dies für den Producenten vollen Beweis.

Alle in Vorstehendem genannten Eide — Zeugen- und Sachverständigeneid mit eingeschlossen — sind s. g. assertorische Eide; d. h. der Inhalt des Beschwornen liegt in der Vergangenheit. Man kann auch beschwören, daß man etwas thun wolle, was noch in der Zukunft liegt (promissorischer Eid). Dies geschieht z. B. bei dem Beamteneide. Aber gerade, weil das in dem promissorischen Eide Versprochene noch in der Zukunft liegt, ist es seinem Umfang und Inhalt nach unbestimmt. Processualisch kann man daher den promissorischen Eid nur dann benutzen, wenn Inhalt und Umfang des Versprochenen qualitativ und quantitativ genau bestimmt ist. Beim Manifestationseide ist dies der Fall, insoweit dieser Eid ein promissorischer Eid ist. Denn bei dem Manifestationseide wird geschworen: erstens, daß der Schwörende kein weiteres Vermögen hat, als das von ihm bezeichnete, und zweitens, daß er es mittheilen wolle, falls sich noch weiteres Vermögen vorfinden sollte. Der Zeugeneid — selbst wenn er vor der Vernehmung der Zeugen geschworen wird — ist immer ein assertorischer Eid; denn der Inhalt des Zeugnisses liegt vollständig in der Vergangenheit.

VI. Die einzelnen Handlungen des Civilprocesses in der ersten Instanz.

Die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Proceßhandlungen — theils Parteihandlungen, theils richterliche Handlungen — aufeinanderfolgen, lassen sich gemeinschaftlich für den Strafproceß und den Civilproceß nicht darstellen. Für den Gang des civilprocessualischen Verfahrens ist der gemeinrechtliche Civilproceß zu Grunde zu legen.

Das Verfahren in erster Instanz beginnt mit dem s. g. ersten oder vorbereitenden Verfahren. Die Parteien stellen in demselben Behauptungen auf, ohne dieselben zu beweisen, und der Zweck des Verfahrens ist, festzustellen, worüber die Parteien einig sind, und worüber ein Streit zwischen den Parteien stattfindet.

Das erste Verfahren beginnt der Regel nach mit Einreichung der Klagschrift bei dem competenten Proceßgericht. Die Klagschrift enthält als wesentliche Bestandtheile zunächst denjenigen Rechtssatz, auf welchen der Kläger seinen Rechtsanspruch stützt — z. B. jeder Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger am verabredeten Termine das erhaltene Darlehn zurückzuzahlen. — Da indessen der Richter das bestehende Landesrecht kennt, so wird es praktisch meistentheils nicht nöthig sein, den Rechtssatz, auf welchen sich die Klage stützt, in der Klagschrift noch besonders anzuführen. Die Klagschrift beginnt daher regel-

mäßig mit der s. g. Geschichtserzählung, d. h. mit der Anführung derjenigen Thatsachen, auf welche der Rechtssatz anzuwenden, und welche Veranlassung zur Klageanstellung gegeben haben, z. B. Kläger hat am .... dem Verklagtem 100 Thlr. als Darlehn gegeben und ist hiebei zwischen ihm und Verklagten verabredet worden, daß Verklagter dieses Darlehn am .... zurückzahlen und bis dahin mit ... pC. verzinsen solle; Verklagter ist dieser seiner Verpflichtung nicht nachgekommen. An die Geschichtserzählung schließt sich das petitum, d. h. Kläger gibt in Form eines Gesuches an, wie er will, daß das Enderkenntniß lauten solle; z. B. Ich bitte demnach, Verklagten zur Zahlung von 100 Thlrn. nebst Zinsen zu .. pC. vom ... an gerechnet, sowie zur Tragung der Proceßkosten zu verurtheilen. Das petitum ist zwar der logische Schluß aus Obersatz (Rechtssatz) und Untersatz (Geschichtserzählung) der Klage; ausdrücklich ausgesprochen muß es werden, wegen des für civilrechtliche Ansprüche anerkannten Verzichtsrechtes der Parteien. So gewiß nun eine Klageschrift, welche, um bei dem angeführten Beispiele stehen zu bleiben, statt 100 Thlr. — 50 Thlr. forderte, eine unschlüssige Klage sein würde, so muß es doch dem Kläger freistehen, im petitum zu sagen: Ich bin zufrieden, wenn Verklagter mir statt 100 Thlr. nur 50 Thlr. bezahlt, und bitte daher, ihn zur Zahlung von 50 Thlrn. zu verurtheilen.

Die eingegangene Klage hat der Richter zu prüfen, und ist dieselbe nicht so fehlerhaft, daß sie von vornherein zurückgewiesen werden muß — einzelne Gesetze, z. B. das preußische, bestimmen, daß, wenn eine unverständliche Klage eingegangen, der Richter einen besonderen Termin „zur Vervollständigung und Verbesserung der Klage" anzusetzen habe, wo dann mit Hülfe des richterlichen Fragerechts, einer Abweichung von der Verhandlungsmaxime, die Fehler der Klage verbessert werden, während die fehlerhafte Klagschrift wenigstens noch zur Unterbrechung der Verjährung Dienste thut, — so theilt er dieselbe dem Verklagten mit und gibt diesem dabei auf, innerhalb einer bestimmten Frist die Klage zu beantworten. Dies ist ein proceßleitendes Decret, ein Theil der proceßleitenden Thätigkeit des Richters überhaupt und der Gegensatz zur proceßentscheidenden Thätigkeit des Richters, welche sich nicht blos in den Enderkenntnissen, sondern auch in den Zwischenerkenntnissen zeigt.

Der Verklagte hat das Recht, die Einreichung der Klagebeantwortungsschrift bis zum Endtermin der Frist aufzuschieben — der letzte Tag einer Frist heißt Termin, andererseits heißt aber auch Termin derjenige Tag, auf welchen der Richter die Vornahme einer Proceßhandlung, z. B Termin zur mündlichen Verhandlung, festgesetzt hat — er kann sie aber auch früher einreichen, da den Parteien zwar nicht das Recht zusteht, die Fristen zu verlängern — nur in einzelnen, vom Gesetze bezeichneten Fällen ist dies mit Genehmigung des Richters möglich — wohl aber, dieselben abzukürzen. Versäumt der Verklagte die Einreichung der Klagebeantwortungsschrift vor dem Ablaufe der ihm zustehenden Frist, so ist er, processualisch gesprochen, ungehorsam (contumax). Die Contumaz kann nicht bewirken, daß der Rechtsanspruch des Klägers unentschieden bleibe; und deswegen hat die Contumaz des Verklagten in diesem Falle die Folge, daß die Klagebeantwortung desselben fingirt, und zwar so fingirt wird, als ob er alle Anführungen des Klägers zustimmend beantwortet hätte.

Die Klagebeantwortungsschrift ist die Vertheidigung des Verklagten gegen den Kläger; und diese Vertheidigung kann, abgesehen davon, daß der Verklagte die Richtigkeit des von dem Kläger aufgestellten Rechtssatzes bestreitet, eine dreifache sein: 1) Verklagter führt aus, daß er zur Zeit auf diese Klage gar nicht zu antworten habe, weil z. B. die Klage bei einem incompetenten Gericht angebracht sei, oder der Kläger nicht legitima persona standi in judicio habe u. s. w. 2) Verklagter bestreitet die vom Kläger in der Geschichtserzählung angeführten Thatsachen — z. B. es ist nicht wahr, daß ich vom Kläger

100 Thlr. erhalten habe; es ist nicht wahr, daß ich vom Kläger 100 Thlr. als Darlehn erhalten habe; es ist nicht wahr, daß ich mit dem Kläger etwas verabredet habe; es ist nicht wahr, daß ich die Zurückzahlung eines Darlehns mit ihm verabredet habe; u. s. w. Die Geschichtserzählung einer Darlehnsklage ließe sich zwar auch kürzer beantworten, indessen verlangt der gemeinrechtliche Proceß, daß dasjenige, was der Verklagte bestreitet, er punktweise bestreiten müsse; neuere Proceßgesetze haben von diesem Formalismus abgesehen. 3) Verklagter führt aus, daß, selbst wenn die Anführungen des Klägers richtig wären, derselbe doch keinen Anspruch gegen ihn haben würde — z. B. als ich das Darlehn empfing, war ich nicht dispositionsfähig; oder: ich habe eine Gegenforderung gegen den Kläger; oder: ich habe das Darlehn zurückgezahlt. — Die unter 1) und 3) angeführten Vertheidigungsmittel sind Exceptionen; — es werden von dem Verklagten neue Thatsachen angeführt, und für diese von ihm angeführten Thatsachen liegt dem Verklagten auch der Beweis ob; und hierauf bezieht sich der Satz reus excipiendo fit actor, d. h. insoweit es die Beweislast anbetrifft, wird der excipirende Verklagte ebenso behandelt, wie der Kläger. — Die unter 1) angeführten Exceptionen würden den Verklagten nur vorübergehend von dem gegen ihn erhobenen Anspruch befreien — bis der Kläger an das competente Gericht sich gewendet, bis statt des Mündels der Vormund die Klage erhebt — sie heißen deshalb dilatorische Einreden; dagegen würden die unter 3) angeführten Exceptionen den Verklagten für immer von den klägerischen Ansprüchen befreien; deshalb der Name peremtorische Einreden. Das Gleiche ist auch die Tendenz des unter 2) erwähnten Vertheidigungsmittels. Letzteres unterscheidet sich aber dadurch von den Exceptionen, daß diese immer die Anführung neuer Behauptungen enthalten, während das Leugnen der Geschichtserzählung, die s. g. negative Litiscontestation, niemals das Behaupten neuer, sondern immer nur das Leugnen vom Kläger behaupteter Thatsachen enthält. Dilatorische Exceptionen, negative Litiscontestation und peremtorische Exceptionen stehen nun in dem Verhältnisse zu einander, daß der Verklagte keine Veranlassung hat, so lange auf die Behauptungen des Klägers einzugehen, als er sich durch eine dilatorische Einrede schützen kann, und daß er erst dann Veranlassung haben würde, von den peremtorischen Einreden Gebrauch zu machen, wenn Kläger die Behauptungen der Geschichtserzählung erwiesen hat. Wollte man aber einen Proceß in dieser Weise durchführen, so würde derselbe schwerlich jemals zu Ende kommen. Und aus diesem Grunde ist es geboten, daß Verklagter alle Vertheidigungsmittel, deren er sich überhaupt zu bedienen gedenkt, in ein und derselben Schrift, nämlich in der Klagebeantwortungsschrift zusammenstelle. Der Verklagte führt für den Fall, daß das erste Vertheidigungsmittel den Dienst versagen sollte, eventualiter das zweite und eventualiter das dritte u. s. w. an. Das ist es, was man unter dem Ausdrucke Eventualmaxime versteht. Allgemeiner ausgedrückt, würde das der Eventualmaxime zu Grunde liegende Princip lauten: Alles dasjenige, was die Parteien an einer bestimmten Stelle des Processes überhaupt vorbringen können, müssen sie auch an dieser Stelle vorbringen, und thun sie es nicht, so können sie es später nicht mehr nachholen, müssen vielmehr die Nachtheile tragen, die ihre Versäumniß zur Folge hat. In dieser Strenge wird nun zwar das Princip der Eventualmaxime nicht an allen Stellen des Processes durchgeführt, doch aber geschieht dies insoweit, daß man um der Eventualmaxime willen selbst das Vorbringen von Widersprüchen nicht scheut. Wenn Verklagter beispielsweise auf eine Darlehnsklage in folgender Weise antwortete: 1) dilatorische Exception: Ich bin zur Zeit noch nicht verpflichtet, das Darlehn zurückzuzahlen, sondern erst nach vier Wochen; 2) negative Litiscontestation: Ich habe gar kein Darlehn erhalten; 3) peremtorische Exception: Ich habe das Darlehn bereits zurückgezahlt, — so widersprechen sich diese Behauptungen.

Das schadet aber nichts. Verklagter weiß noch nicht, welche dieser Behauptungen er aufgeben, bei welcher er stehen bleiben wird — er hat sich aber für die Vertheidigung freie Hand geschafft. Hat der Verklagte nichts weiter gethan, als die Geschichtserzählung des Klägers zu beantworten, so ist der Zweck des ersten Verfahrens erreicht — man weiß, worüber die Parteien einig sind, und worüber sie sich streiten. Hat dagegen Verklagter in Exceptionen neue Behauptungen aufgestellt, so muß Kläger Gelegenheit haben, sich auf dieselben zu erklären. Diese Erklärung erfolgt in der Replikschrift und kann bald nur eine Beantwortung der vom Verklagten aufgestellten neuen Thatsachen, bald auch eine Exception der gegnerischen Exceptionen enthalten — z. B. Verklagter hat excipirt: als ich mit Kläger den fraglichen Vertrag abschloß, stand ich noch in väterlicher Gewalt; worauf dann die Replikschrift entweder sich darauf beschränkt, diese Behauptung zu beantworten oder dieselbe noch überdem mit einer Exception zu bekämpfen; z. B.: „Verklagter hat aber, als er nicht mehr unter väterlicher Gewalt stand, seine Verpflichtung von neuem anerkannt". In letzterem Falle wird es nöthig, daß Verklagter Gelegenheit hat, sich auf die vom Kläger in der Replik neu aufgestellten Thatsachen zu erklären, und das geschieht in der Duplikschrift, mit welcher das erste Verfahren abschließt. Das, was die Parteien gegenseitig behaupten, liegt nun in den Schriftsätzen derselben vollständig vor und es entsteht die Aufgabe des Richters zunächst festzustellen, worüber die Parteien einig sind und worüber nicht. (Die Herstellung des status causae et controversiae.) Sind die Parteien in ihren Behauptungen einig, beschränkt sich mithin der Streit auf die rechtliche Auffassung der vorgetragenen Thatsachen, so erfolgt jetzt schon das Enderkenntniß; der ganze Proceß — wenigstens in dieser Instanz — erhält seinen Abschluß mit dem Abschluß des ersten Verfahrens. Sind dagegen zwischen den Parteien wesentliche Behauptungen bestritten, so erfolgt zunächst — im gemeinrechtlichen Proceß — ein das Endurtheil vorbereitendes Zwischenurtheil, das Beweisurtheil. Durch das Beweisurtheil — weil es ein Zwischenurtheil, I n t e r l o c u t, ist, heißt es auch Beweisinterlocut — wird das Enderkenntniß von dem Beweise der erheblichen, unter den Parteien streitigen Thatsachen abhängig gemacht. Zu diesem Zwecke fixirt das Beweisurtheil den Beweissatz und die Beweislast, bald, wie oben gezeigt, nur für eine, bald auch für beide Parteien. (Haupt= und Gegenbeweis.)

Das Beweisverfahren beginnt mit der schriftlichen Beweisantretung. Diese besteht darin, daß der Beweissatz in einzelne Artikel (Probatorialartikel) zerlegt und für jede einzelne Thatsache das Beweismittel, resp. die Beweismittel bezeichnet werden. Die Beweismittel können auch für den ganzen Beweissatz aufgestellt werden, in welchem Falle dann die Beweisartikel fortfallen. Die Beweisantretungsschrift wird der Gegenpartei zur Geltendmachung von Einwendungen gegen die in der Beweisantretung bezeichneten Beweismittel mitgetheilt. Replik und Duplik können folgen. Findet außer dem Hauptbeweis noch ein Gegenbeweis statt, so k a n n zwar die Beweisantretung des Gegenbeweises mit der Beantwortung auf Antretung des Hauptbeweises verbunden werden; es kann aber auch eine besondere Antretung des Gegenbeweises erfolgen, welche dann wieder Beantwortung, eventuell Replik und Duplik nöthig macht, so daß, wenn das Glück gut ist, die gemeinrechtliche Beweisantretung nicht weniger als acht Schriftsätze enthalten kann. Dieses Beweisantretungsverfahren schließt mit dem Relevanzbescheide, einem der Rechtskraft fähigen Zwischenurtheile — auch Productions=, resp. Reproductionserkenntniß genannt — in welchem über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Beweisantretung entschieden wird.

Darauf beginnt das Productionsverfahren. Producent bringt die Beweismittel wirklich bei — und Product erklärt sich auf die Beweismittel, nachdem er jetzt erfahren, was die Beweismittel darzuthun vermögen. Das Gleiche findet im Falle des Gegen=

beweises seitens des Reproducenten statt. Die von einer Partei vorgebrachten Beweismittel dienen übrigens nicht allein der beweisführenden, sondern auch ihrer Gegenpartei; man nennt dies Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

Hat nun die Beweisaufnahme stattgefunden, so deduciren die Parteien schriftlich darüber, was für ein Resultat die Beweisaufnahme ergeben hat. Das ist das s. g. Hauptverfahren — vier Schriftsätze: Salvationsschrift, Impugnationsschrift, Replik, Duplik, wo möglich sowohl für den Hauptbeweis, wie auch für den Gegenbeweis.

Dann folgt das Enderkenntniß, falls es nicht erforderlich wird, das Enderkenntniß noch von der Auferlegung eines nothwendigen Eides abhängig zu machen.

Nehmen wir nun selbst an, daß ein Gegenbeweis gar nicht geführt wird, so würde doch der gemeinrechtliche Proceß allein in der ersten Instanz nicht weniger als zwölf Schriftsätze und drei appellable Erkenntnisse enthalten. Vier Schriftsätze des ersten Verfahrens; dann das Beweisinterlocut; ist dies durch die drei Instanzen gebracht, so geht es an das Beweisverfahren — mit vier Schriftsätzen, welche durch das Productionserkenntniß abgeschlossen werden; ist auch dieses durch die drei Instanzen gebracht, so folgt erst die Beweiserhebung, und falls dieselbe zu keinen weiteren Schriftsätzen Veranlassung gibt, so kommen doch jedenfalls noch die vier Schriftsätze des Hauptverfahrens heran, und nach diesen erst das Enderkenntniß, mit welchem, nachdem es die möglichen Instanzen durchlaufen, endlich der Proceß schließt. Wird aber noch ein Gegenbeweis geführt, so können noch weitere vier Schriftsätze im Beweisverfahren, noch weitere vier Schriftsätze im Hauptverfahren und noch ein appellables Zwischenurtheil, nämlich das Reproductionsurtheil, vorkommen.

Dieses Verfahren ist zwar höchst ehrwürdig, aber auch höchst langweilig und die Praxis und die neuere Gesetzgebung hat Sorge getragen, dasselbe den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens angemessen zu gestalten.

Zu diesem Zwecke hat man beispielsweise das Productions- und Reproductionserkenntniß in ein proceßleitendes Decret verwandelt, durch welches angeordnet wird, daß die Beweiserhebung stattfinden solle. Sodann hat man statt der Schriftsätze des s. g. Hauptverfahrens das mündliche Plaidoyer der Parteien treten lassen, wodurch man erreichte, daß in einer halben Stunde dasjenige abgemacht wurde, wozu die Parteien beim Schriftenwechsel etwa ein Vierteljahr gebrauchten. Selbst das Beweisinterlocut und mit ihm j e d e s appellable Zwischenurtheil ist beseitigt worden. Der preußische Proceß erreicht dies dadurch, daß das Beweisantretungsverfahren sofort mit dem ersten Verfahren verbunden werden muß. Es ist also nicht abzuwarten, ob und welche Behauptungen der einen Partei von der Gegenpartei bestritten werden möchten, sondern es ist vorauszusetzen, daß j e d e Behauptung Widerspruch finden werde, und deshalb betrachtet man auch nur diejenigen Behauptungen als processualisch zu berücksichtigende Behauptungen, welche sofort durch Beweismittel unterstützt sind. Zwei, drei, höchstens vier Schriftsätze enthalten somit alles, was der gemeinrechtliche Proceß in den Schriften des ersten Verfahrens des Beweis- und Gegenbeweisverfahrens enthält. Ein richterliches Decret ordnet sodann die Beweiserhebung an, und an diese schließt sich das mündliche Plaidoyer der Parteien, worauf das erste und zugleich das letzte Urtheil der Instanz erfolgt. In den s. g. Bagatellprocessen — Werth des Streitobjectes unter 50 Thlrn. — ist das Verfahren noch mehr abgekürzt. Der gemeinrechtliche Proceß kennt nämlich schon eine Art der s. g. summarischen Processe, bei welchen man von der Anschauung ausging, daß, wenn der Kläger seinen Anspruch auf Beweismittel gestützt habe, gegen welche, wie z. B. gegen

eine hypothekarische Eintragung sich nicht wohl etwas vorbringen lasse, daß dann Verklagter auch wohl nichts zu seiner Vertheidigung haben werde. Demnach erließ man unmittelbar auf die Klage einen richterlichen Befehl, ein richterliches Mandat an den Verklagten, wodurch diesem aufgegeben wurde, die Forderung des Klägers zu erfüllen (Mandatsproceß). Das ist in Wahrheit nichts anderes, als ein Erkenntniß vor dem Gehör des Verklagten, eine processualische Anomalie, die sich indessen dadurch rechtfertigt, daß man annehmen durfte, Verklagter werde in den Fällen, in denen der Mandatsproceß für zulässig erklärt wurde, zu seiner Vertheidigung nichts zu sagen haben. Täuschte man sich in dieser Annahme, so wurde dem Verklagten das Vertheidigungsrecht nicht entzogen; der Verklagte erhob Widerspruch gegen das Mandat und führte denselben dann in der Klagebeantwortungsschrift aus. Auf ähnlichen Anschauungen basirt der preußische Bagatellproceß. Warum — so wird erwogen — soll man bei solchen Kleinigkeiten gleich die gesammte processualische Formalität in Gang bringen. Vielleicht zahlt Verklagter, wenn er sieht, daß es Ernst wird. Man erläßt also auf jede Bagatellklage das Zahlungsmandat und wartet den Widerspruch des Verklagten ab, und erfolgt derselbe, so wird wo möglich in einem Termine Klagebeantwortung, Beweiserhebung und mündliches Verfahren mit einander verbunden.

Es sollte hier wenigstens andeutungsweise an einem Beispiele gezeigt werden, was unter dem Ausdrucke summarischer Proceß im Gegensatze zu dem ordentlichen Processe zu verstehen ist. Ueber Weiteres müssen die S. 566 angeführten Lehrbücher Auskunft ertheilen.

VII. Die einzelnen Handlungen des Strafprocesses in der ersten Instanz.

Für den Strafproceß sind zwei Stadien zu unterscheiden: die Voruntersuchung und das Hauptverfahren. Die Voruntersuchung soll die Frage beantworten, ob gegen eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Verbrechens die Anklage zu erheben sei; das Hauptverfahren soll die Frage beantworten, ob der Angeklagte des ihm zur Last gelegten Verbrechens schuldig sei.

Soll aber die Frage beantwortet werden, ob eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Verbrechens anzuklagen sei, so muß zunächst feststehen, daß ein bestimmtes Verbrechen begangen ist. Es werden also, genau genommen, während der Voruntersuchung zwei Fragen beantwortet: erstens, ist ein bestimmtes Verbrechen begangen, und zweitens, wer hat das Verbrechen begangen? Aber diese beiden Fragen lassen sich praktisch nicht in der Weise auseinanderhalten, daß man nun aus der Voruntersuchung selbst zwei verschiedene Stadien — eines zur Feststellung des objectiven, das andere zur Feststellung des subjectiven Thatbestandes — machen könnte.

Die Voruntersuchung ist entweder eine polizeiliche Voruntersuchung oder eine gerichtliche Voruntersuchung.

Die polizeiliche Voruntersuchung, auch Scrutinialverfahren (Ermittelungsverfahren) genannt, wird durch den Staatsanwalt selbst geführt, der sich dabei der Hülfe der ihm untergebenen gerichtlichen Polizei bedient. Die gerichtliche Voruntersuchung führt der Untersuchungsrichter, resp. das Voruntersuchungsgericht (vergl. oben).

Ob in einem bestimmten Falle die polizeiliche oder die gerichtliche Voruntersuchung stattfindet, das wird im wesentlichen durch die Proceßgesetze dahin entschieden, daß für die leichtesten, zur Competenz des Einzelrichters gehörenden Straffälle ausschließlich die

polizeiliche, in den schwersten Straffällen dagegen, in den Schwurgerichtssachen, die gerichtliche Voruntersuchung stattfinden sollte. In denjenigen Strafsachen endlich, welche zur Competenz der Gerichtsabtheilung gehören, ist es dem Staatsanwalte anheimgegeben, ob er das Scrutinialverfahren vorzieht, oder ob er die gerichtliche Voruntersuchung beantragen will.

Auch da, wo die gerichtliche Voruntersuchung stattfinden muß, darf das Untersuchungsgericht nicht auf eigenen Antrieb (ex officio) die Voruntersuchung beginnen, sondern hat hiefür den Antrag des Staatsanwaltes abzuwarten. Selbst da, wo dem Gerichte die Kenntniß von einem begangenen Verbrechen früher zugeht, als dem Staatsanwalt, hat dasselbe zwar, falls Gefahr im Verzuge vorliegt, das Recht des s. g. ersten Angriffes, d. h. es kann ohne staatsanwaltlichen Antrag das Erforderliche veranlassen, um die Spuren des Verbrechens sicher zu stellen und des Thäters habhaft zu werden; ist dies aber geschehen, so hat das Gericht die betreffenden Acten an die Staatsanwaltschaft einzusenden und, bevor weitere Schritte geschehen, den Antrag der Staatsanwaltschaft abzuwarten. Auch hört die Thätigkeit des Staatsanwaltes, nachdem derselbe die gerichtliche Voruntersuchung beantragt hat, damit nicht auf. Er hat vielmehr das Recht, von jedem Vorgange während der Voruntersuchung Kenntniß zu nehmen — Recht der Acteneinsicht des Staatsanwalts während der Voruntersuchung — und alle ihm zur Ermittelung der Wahrheit dienlich scheinenden Untersuchungshandlungen zu beantragen.

Zwangsmittel können bei der polizeilichen Voruntersuchung ebenso vorkommen, wie bei der gerichtlichen Voruntersuchung; es gibt kein processualisches Zwangsmittel, welches ausschließlich ein Attribut der gerichtlichen Voruntersuchung wäre. Aber kein Zwangsmittel, so wie keine verantwortliche Vernehmung des Angeschuldigten, wie auch keine eidliche Zeugenvernehmung kann von dem Staatsanwalte selbst vorgenommen werden. Wird daher eine derartige Handlung während des Scrutinialverfahrens nöthig, so requirirt der Staatsanwalt ad hoc das Untersuchungsgericht, welches in diesem Falle mit Erledigung der Requisition seine Thätigkeit beendet, ohne auf das Ganze der Untersuchung einzugehen. Würden derartige Requisitionen häufiger erforderlich werden, so kann dieses in denjenigen Fällen, in denen der Staatsanwalt die Wahl zwischen Scrutinialverfahren und gerichtlicher Voruntersuchung hat, die Veranlassung geben, daß der Staatsanwalt das Scrutinialverfahren aufgibt und die gerichtliche Voruntersuchung beantragt.

Der processualische Unterschied zwischen gerichtlicher Voruntersuchung und Scrutinialverfahren besteht darin, daß letzteres durch den Beschluß der Staatsanwaltschaft, erstere durch den Beschluß des Voruntersuchungsgerichts beendigt wird. Wenn und so lange das Scrutinialverfahren stattfindet, hängt es von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft ab, ob ein Strafproceß stattfinden wird. Ihrer Erwägung ist es anheimgegeben, ob die Verfolgung einzustellen oder ob dieselbe weiter fortzuführen sei. Soll ersteres eintreten, so werden die das Scrutinialverfahren betreffenden Acten bei der Staatsanwaltschaft reponirt; geschieht letzteres, so beantragt die Staatsanwaltschaft entweder die gerichtliche Voruntersuchung oder sie erhebt in denjenigen Fällen, in welchen die gerichtliche Voruntersuchung fortfallen kann, resp. fortfallen muß, bei dem competenten Gerichte die Anklage. Durch das eine sowohl wie durch das andere wird der Staatsanwaltschaft die Disposition über die Sache dergestalt entzogen, daß das Fallenlassen der Sache nicht mehr von ihr abhängt; die Staatsanwaltschaft kann die erhobene Anklage nicht mehr zurückziehen, sie kann die beantragte und in Folge des Antrages eingeleitete gerichtliche Voruntersuchung nicht sistiren; ist die Anklage erhoben, so muß das erkennende Strafgericht durch Erkenntniß die Sache erledigen; ist die gerichtliche Voruntersuchung beantragt, so muß das Vor-

untersuchungsgericht über die Resultate der Voruntersuchung beschließen. Dieser Beschluß des Voruntersuchungsgerichts, vor dessen Fassung die Staatsanwaltschaft mit ihrem in Form eines Antrages gekleideten Gutachten gehört wird, ist entweder ein Einstellungsbeschluß: es soll keine Anklage erhoben werden — oder ein Verweisungsbeschluß: die Anklage soll erhoben werden. Letzterer, nämlich der Verweisungsbeschluß, enthält erstens den Auftrag an die Staatsanwaltschaft, wegen eines bestimmten Verbrechens die Anklage zu erheben und zweitens die Bezeichnung desjenigen Gerichtes, bei welchem die Anklage erhoben werden soll, vor welches, als vor das erkennende Strafgericht, die Sache verwiesen ist. Dieser Verweisungsbeschluß hat denn auch verbindliche Kraft erstens für den Staatsanwalt, welcher, selbst wenn er von der Nichtschuld des Verfolgten überzeugt sein sollte, dennoch dem Verweisungsbeschlusse gemäß die Anklage erheben muß, und zweitens für das erkennende Strafgericht, an welches die Sache verwiesen wurde, welches, selbst wenn es nicht das competente wäre, dennoch die Hauptverhandlung beginnen und dann seine Incompetenz durch Erkenntniß feststellen muß.

Wenn dem Angeklagten die gegen ihn erhobene Anklage zugestellt ist, erlangt derselbe insoweit Parteirechte, als er sich von jetzt an des Beistandes eines Vertheidigers bedienen kann und als er von jetzt an das Recht der Acteneinsicht erlangt. Während die dem Belastungsbeweise dienenden Beweismittel auf der Anklageschrift selbst bereits verzeichnet sind, ist es jetzt Sache des Angeklagten, die Herbeischaffung der Entlastungsbeweismittel unter Mitwirkung des Gerichtes zu betreiben. Gleiche Rechte mit der Staatsanwaltschaft hat hiebei der Angeklagte gewöhnlich nicht. Denn während beispielsweise die von der Staatsanwaltschaft benannten Zeugen von dem Gerichte vorgeladen werden müssen, hat das Gericht hinsichtlich der von dem Angeklagten benannten Zeugen zu prüfen, ob die Aussage eines derselben, wenn er dasjenige bekunden sollte, wovon der Angeklagte behauptet, daß er es werde bekunden können, auf das Resultat der bevorstehenden Verhandlung von Einfluß sein würde. —

Gehört die Strafsache zur Competenz des Geschwornengerichts, so erhält der Angeklagte eine Liste der für den Dienst bei dieser Schwurgerichtsperiode einberufenen Geschwornen, damit er bei der Ausloosung der zwölf, die Geschwornenbank bildenden, Geschwornen sein Ablehnungsrecht geltend machen kann.

Nachdem in dem Termine zum öffentlichen mündlichen Verfahren — dem Hauptverfahren — constatirt ist, daß die erforderliche Anzahl von Geschwornen zugegen, nachdem die Ausloosung der Spruchliste — der Geschwornenbank — unter Geltendmachung des Ablehnungsrechtes seitens des Staatsanwaltes und des Angeklagten erfolgt ist, wird der Angeklagte von dem vorsitzenden Richter befragt, ob er sich schuldig oder nicht schuldig bekenne. Bekennt er sich schuldig und findet der Gerichtshof, daß das Geständniß glaubwürdig sei, so geht die weitere Verhandlung ohne Mitwirkung der Geschwornen vor sich. Im englischen Proceß wird zwar auch ohne Geschworne in diesem Falle verhandelt. Aber die Frage, ob schuldig oder nichtschuldig, wird an den Angeklagten gestellt, ehe die Geschwornenbank ausgeloost ist. Denn die Geschwornen sind dazu bestimmt, den Streit über die Schuldfrage zu entscheiden, und wenn der Angeklagte sich selbst schuldig bekennt, so ist kein Streit über die Schuldfrage vorhanden. Das Geständniß ist eben nach der Auffassung des englischen Strafprocesses kein Beweismittel, dessen Glaubwürdigkeit zu prüfen wäre. Im deutschen Strafprocesse ist jedoch, wie oben gezeigt wurde, das Geständniß ein Beweismittel, dessen Glaubwürdigkeit zu prüfen ist, und diese processualische Auffassung müßte richtig zu der Consequenz führen, daß die Geschwornen, welche überhaupt die Glaubwürdigkeit der Beweismittel zu prüfen haben, auch die Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu prüfen berufen würden. Die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Ge-

ständnisses erfolgt dadurch, daß der vorsitzende Richter den Angeklagten vernimmt, und aus den Antworten desselben, allenfalls unter Vergleichung des Geständnisses mit anderen Beweismitteln, die Ansicht erlangt, daß kein Grund vorhanden sei, an der Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu zweifeln.

Erklärt der Angeschuldigte, daß er nichtschuldig sei, so würde der accusatorische Proceß den Ankläger anweisen, die Beweismittel des Belastungsbeweises dem Richter der Schuldfrage — also in Schwurgerichtssachen den Geschwornen — vorzuführen; wogegen dem Angeklagten, resp. dessen Vertheidiger, die Widerlegung des Belastungsbeweises und die Vorführung der Beweismittel des Entlastungsbeweises obläge. Der vorsitzende Richter würde hiebei nur die Leitung des Verfahrens und die Entscheidung darüber haben, ob dies oder jenes Beweismittel nach den bestehenden Gesetzen überhaupt zulässig sei. In dem englischen Proceß ruft der Ankläger den Belastungszeugen auf; der Richter vereidigt denselben und hierauf befragt der Ankläger den Zeugen. Ist dieses geschehen, so befragt der Vertheidiger denselben Zeugen im Interesse der Vertheidigung (Kreuzverhör). In derselben Weise ruft der Vertheidiger die Entlastungszeugen auf und, nachdem dieselben vom Richter vereidigt sind, werden sie von dem Vertheidiger vernommen mit Kreuzverhör des Anklägers.

Der deutsche Proceß gesteht zwar auch dem Staatsanwalte und dem Vertheidiger das Recht zu, dem Angeklagten sowohl wie auch den Zeugen Fragen vorzulegen; es gestattet derselbe auch wohl das Kreuzverhör, indessen ist der Schwerpunkt der Beweiserhebung keineswegs in die Hand der Parteien, sondern statt dessen in die Hand des vorsitzenden Richters gelegt. Dieser ist dazu verpflichtet, durch Vernehmung des Angeklagten — deren Zweck, wie bei dem Inquisitionsprocesse, darin besteht, den Angeklagten zum Geständnisse zu bringen, oder wenigstens denselben in für ihn gravirende Widersprüche zu verwickeln — durch Vernehmung der Zeugen, der Sachverständigen, durch Erhebung sonstiger Beweismittel, die Wahrheitserforschung herbeizuführen. Wird der Richter hiebei durch Staatsanwalt oder Vertheidiger unterstützt, so ist das etwas rein Zufälliges, was ebenso gut auch anders sein könnte. Unser heutiger Proceß ist auch im Hauptverfahren bis zum Schlusse der Beweiserhebung so sehr Inquisitionsproceß, daß man sagen kann: Nachdem durch die Voruntersuchung festgestellt ist, worauf die Hauptuntersuchung zu richten ist, und nachdem für die Hauptuntersuchung die Sache so vorbereitet ist, daß dieselbe ohne Unterbrechung bis zu Ende geführt werden kann, findet in dem Hauptverfahren die Hauptuntersuchung statt. Ausführliche Acten brauchen da nicht mehr zusammengeschrieben zu werden, denn der die Schuldfrage entscheidende Richter — die Geschwornen — hören die Inquisition selbst mit an, und der die Rechtsfrage entscheidende Richter inquirirt selbst.

Dieser letztere Umstand wird für die Stellung des vorsitzenden Richters gegenüber den Geschwornen von sehr erheblicher Bedeutsamkeit. Die Geschwornen werden die ihnen gestellte Aufgabe um so besser zu lösen im Stande sein, je mehr ihnen das sachverständige Gutachten eines erfahrenen Richters über seine Auffassung von der Sache zur Seite steht. Ist von den Parteien vor dem Richter verhandelt worden, ist der Richter lediglich auf die Leitung der Verhandlung beschränkt geblieben, ohne selbst zu inquiriren, so ist nicht das geringste Bedenken vorhanden, weshalb der Richter am Schlusse der Beweiserhebung den Geschwornen nicht rückhaltlos seine Ansicht über den Werth der von den Parteien geführten Beweise mittheilen, weshalb er irgendwie mit einem Ausspruche darüber, wie seiner Ansicht nach das Verdict lauten müßte, zurückhalten sollte. Hat freilich der Richter und zwar an der Hand von Voruntersuchungsacten, auf deren Grund die Anklageerhebung beschlossen wurde, stundenlang inquirirt, so steht diese seine voraufgegangene inquisitorische Thätigkeit der Rückhaltlosigkeit seiner Direction an die Geschwornen

entgegen; — wie denn auch der alte Inquisitionsproceß sagte: der Inquirent darf in der Sache selbst nicht entscheiden, sondern das muß ein anderer Richter thun; — und so wird denn aus der Direction, welche der vorsitzende Richter den englischen Geschwornen gibt, das französische Resumé, welches dem Richter zwar auch gestattet, alle diejenigen Bemerkungen zu machen, welche ihm zur Herstellung eines sachgemäßen Ausspruches der Geschwornen geeignet erscheinen, bei welchem indessen der Richter dadurch, daß er vorher inquirirt hat, factisch verhindert wird, mit voller Rückhaltlosigkeit seine Ueberzeugung von der Sache darzulegen.

Dieses Resumé des vorsitzenden Richters findet in der Reihenfolge der processualischen Handlungen erst dann seinen Platz, wenn nach dem Schlusse der Beweisaufnahme das Plaidoyer des Staatsanwaltes und des Vertheidigers zur Erörterung der Schuldfrage stattgefunden hat. Dies Plaidoyer ist dem accusatorischen Processe entsprechend bis auf den Umstand, daß der Staatsanwalt auch hier nicht Partei, und auch nicht als Partei dem Richter subordinirt ist.

Wenn nun nach diesem Plaidoyer der Vorsitzende sein Resumé gegeben, so erhalten die Geschwornen diejenigen Fragen, welche sie mit Ja oder mit Nein zu beantworten haben.

Die Fragestellung an die Geschwornen ist eine der am meisten verworrenen Materien des deutsch-französischen Strafprocesses. Es können hier auch nur einzelne Gesichtspunkte aufgestellt werden, mehr für das Verständniß dessen, was geschieht, als zur Verdeutlichung der Grundsätze, nach denen bei der Fragestellung verfahren wird. Man sagt also, die Geschwornen seien Richter der Thatfrage, die rechtsgelehrten Richter dagegen Richter der Rechtsfrage. Soll dies heißen, daß alles Thatsächliche, was für die Entscheidung der Sache von Erheblichkeit sein könnte, durch die Geschwornen festzustellen, daß dagegen alles dasjenige, was juristischer Natur ist, durch den rechtsgelehrten Richter zu erledigen sei, so würde dies barer Unsinn sein. Denn Thatsachen haben in einem Proceß überhaupt nur dann Bedeutung, wenn ein Rechtssatz auf dieselben anzuwenden ist, und Rechtssätze nur dann eine Bedeutung, wenn Thatsachen vorhanden sind, auf welche sich ein Rechtssatz anwenden läßt. Verständlich wird die Sache dann, wenn man daran festhält, daß der Strafproceß zwei Fragen zu entscheiden hat, nämlich erstens: Hat der Angeklagte das ihm zur Last gelegte Verbrechen begangen? oder mit anderen Worten: Steht dem Staat der von ihm gegen den Angeklagten geltend gemachte strafrechtliche Rechtsanspruch zu? Und im Falle diese erste Frage bejaht wird, bleibt noch die zweite Frage zu beantworten: Wie groß ist die den Schuldigen treffende Strafe? oder mit anderen Worten: Wie groß ist der dem Staate gegen den Angeklagten zustehende strafrechtliche Rechtsanspruch? Die erste dieser beiden Fragen ist die Thatfrage — richtiger: die Schuldfrage; die zweite ist die Rechtsfrage. Die Thatfrage kann natürlich nicht ohne Kenntniß des Gesetzes — die für diesen Fall den Geschwornen durch den Richter sehr gut vermittelt werden kann — die letztere nicht ohne Berücksichtigung thatsächlicher Verhältnisse, — der Strafzumessungsgründe — erledigt werden. Im deutschen Strafprocesse will man nun den Geschwornen die Thatfrage nicht unpräparirt vorlegen, sondern verlangt, daß ihnen die Thatfrage durch Auflösung der juristischen Begriffe in ihre thatsächlichen Voraussetzungen präparirt werde. Dies hat so lange einen Sinn, als das Strafgesetz selbst bestimmte juristische Begriffe definirt. Wenn beispielsweise das Gesetz den Begriff des Mordes definirt, so wird man den Geschwornen nicht die Frage vorlegen, ob der Angeklagte schuldig sei, einen Mord begangen zu haben, sondern man wird sie — um beispielsweise die Legaldefinition des preußischen Strafgesetzbuches zu benutzen — fragen: Ist der Angeklagte schuldig, vorsätzlich und mit Ueberlegung einen Menschen getödtet

zu haben? Will man aber noch weiter gehen und auch solche juristische Begriffe „auflösen", für welche das betreffende Gesetz keine Legaldefinition gegeben, so verfällt man rettungslos nicht nur der Willkür, sondern man handelt auch gegen die Intention des Gesetzes, welches nur diejenigen Begriffe als Rechtsbegriffe anerkennt, die es selbst und zwar durch die Legaldefinition zu Rechtsbegriffen gemacht hat. — Ferner stellt man den Geschwornen eventuelle, oder auch alternative Fragen. Das müßte nicht geschehen, und zwar müßte dies deshalb unterbleiben, weil man von der Anklage verlangen darf, daß dieselbe am Schlusse des Verfahrens wisse, was sie will, und nicht blos, was sie eventuell oder alternativ auch wolle. Endlich gestattet man den Geschwornen, nicht die ganze Frage zu bejahen, sondern dieses nur mit einem Theile derselben zu thun, indem einzelne der in der Frage enthaltenen Umstände als nicht erwiesen bezeichnet werden. So können beispielsweise die Geschwornen eine wegen Mordes an sie gestellte Frage dahin beantworten: Ja, der Angeklagte ist schuldig, aber es ist nicht erwiesen, daß er vorsätzlich und mit Ueberlegung gehandelt hat. Wenn die Anklage weiß, was sie will, so müssen die Geschwornen entweder die ganze Frage bejahen, oder, wenn sie dies nicht können, weil ein einzelner Umstand der Frage ihnen nicht erwiesen ist, so müssen sie die ganze Frage verneinen. Das englische Specialverdict ist etwas vollkommen anderes. Bei diesem beantworten die Geschwornen die Schuldfrage gar nicht, sie antworten weder: Ja, der Angeklagte ist schuldig, noch auch: Nein, der Angeklagte ist nicht schuldig, sondern sie sagen nur: Der Angeklagte hat das und das gethan; und wenn ein solches Specialverdict abgegeben wird, so autorisiren die Geschwornen den Richter, die Schuldfrage auf der Grundlage des Specialverdictes selbst zu beantworten. Das Specialverdict ist also keine theilweise, sondern es ist gar keine Beantwortung der Schuldfrage.

Die Beantwortung der den Geschwornen gestellten Fragen erfolgt in England, so lange das Geschwornengericht dort besteht, immer durch Einstimmigkeit. In Deutschland wird das Geschwornenverdict meistens — Braunschweig fordert Einstimmigkeit — durch Majoritätsvotum festgestellt. Man wollte damit „die Ueberzeugung" der Geschwornen respectiren. Erwägt man aber, daß, um die Worte Feuerbachs zu brauchen, die Wahrheit in der Sache, die Ueberzeugung im Menschen liegt, erwägt man, daß die Einstimmigkeit nicht erzwungen, sondern Geschworne, welche innerhalb 24 Stunden sich nicht einigen können, als untaugliche Geschworne entlassen werden, berücksichtigt man, daß die Findung des Verdicts durch zweckmäßigere Fragstellung und durch geeignetere Mitwirkung des Richters erleichtert werden kann, so wird sich — und die praktische Erfahrung liefert hiefür den Beweis — gegen die Einstimmigkeit des Verdictes nichts einwenden lassen und erst durch dieselbe das Institut des Geschwornengerichtes die Garantie erlangen, welche darin liegt, daß die in der Sache liegende Wahrheit zu einem einstimmigen Verdicte geführt hat. Am schlimmsten ist die Bestimmung derjenigen Gesetze, welche bei einer nur geringen Majorität der Geschwornen (7 zu 5) für die Schuld des Angeklagten, dem Gerichtshofe die Verpflichtung auferlegen, sich der Majorität oder der Minorität der Geschwornen anzuschließen. Das heißt, den Geschwornen die Möglichkeit geben, sich von jeder Verantwortlichkeit zu befreien und dieselbe dem Richtercollegium zuzuweisen.

Haben die Geschwornen die ihnen gestellten Fragen beantwortet, so wird auf der Basis des Geschwornenverdictes darüber zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem verhandelt, welche Folgen für die Bestrafung des Angeklagten aus dem Geschwornenverdicte sich ergeben; die für die Größe der Bestrafung maßgebenden Strafzumessungsgründe werden dabei aus dem Gange des voraufgegangenen Verfahrens entnommen, ohne daß für dieselben eine besondere thatsächliche Feststellung erfolgte. Hierauf beschließt der Gerichtshof über die Strafe, welche von dem Vorsitzenden publicirt wird. Lautet das Verdict der

Geschwornen: Nichtschuldig, so fällt diese letzte Verhandlung fort und der Vorsitzende des Gerichts verfügt die Freilassung des Angeklagten.

In denjenigen Fällen, welche ohne Mitwirkung von Geschwornen entschieden werden, hat der rechtsgelehrte Richter sich selbst diejenigen Fragen vorzulegen, welche er andernfalls den Geschwornen vorgelegt haben würde, und sich diese Fragen dann selbst zu beantworten. Das ist die s. g. thatsächliche Feststellung, welche indessen nicht wie das Geschwornenverdict besonders publicirt, sondern sofort mit dem Endurtheile verbunden wird. Die Verhandlungen der Parteien nach Schluß der Beweisaufnahme beziehen sich daher in diesen Fällen zugleich auf die Thatfrage und auf die Rechtsfrage.

VIII. Die Rechtsmittel.

Die Mittel, im processualischen Wege die Abänderung eines richterlichen Decretes zu erlangen — Rechtsmittel — beziehen sich sowohl auf die proceßleitenden, wie auch auf die proceßentscheidenden Decrete des Richters. Gegen erstere, die proceßleitenden Verfügungen kann überall von den Parteien Beschwerde an das höhere Gericht erhoben werden. Gegen letztere, gegen die Urtheile — gleichviel ob Endurtheile oder Zwischenurtheile gibt es sehr verschiedenartige Rechtsmittel, verschiedenartig nicht blos dem Namen, sondern auch dem Inhalte und der Wirkung nach.

Es ist nun an dieser Stelle nicht möglich, die einzelnen Rechtsmittel, so wie für jedes einzelne Rechtsmittel das Rechtsmittelverfahren, d. h. den Gang des processualischen Verfahrens, welcher nach Einlegung eines Rechtsmittels vor sich geht, im Detail darzustellen. Die Darstellung muß sich vielmehr hier darauf beschränken, die wesentlichsten Gesichtspunkte, welche für das Verständniß der Rechtsmittel maßgebend sind, zusammenzustellen.

Ist eine Partei durch ein richterliches Erkenntniß verletzt, so kann dieselbe auf zwei Wegen durch die erneute Prüfung der Sache durch einen anderen Richter eine ihr günstigere Entscheidung herbeizuführen erwarten. Entweder nimmt sie an, daß das Proceßmaterial in der ersten Instanz vollständig und ausreichend gewesen, daß dagegen die richterliche Beurtheilung desselben nichts tauge. Richtet man die Rechtsmittel von diesem Gesichtspunkte aus ein, so wird sich als Consequenz ergeben, daß der Entscheidung des Richters der zweiten, resp. dritten Instanz kein anderes Material zu Grunde liegt, als dasjenige, welches auch dem Richter der ersten Instanz zur Beurtheilung vorlag, und mithin der processualische Effect des Rechtsmittels darauf beschränkt bleibt, daß nur dasjenige processualische Material, welches bereits in der ersten Instanz beurtheilt worden, nun in der zweiten Instanz noch einmal beurtheilt wird. Oder die Partei geht von der Ansicht aus, der ganze Proceß sei in der ersten Instanz sowohl seinem processualischen Material, wie auch seiner richterlichen Entscheidung nach schlecht geführt; die Partei will daher den ganzen Proceß noch einmal von neuem führen. In dem ersteren Falle wird das Vorbringen neuer Thatsachen und neuer Beweismittel unzulässig, in dem letzteren Falle vollkommen unbeschränkt sein. Das schriftliche Verfahren wird die erstere wie die letztere Methode gestatten; das mündliche Verfahren, selbst wenn neue Thatsachen und Beweismittel nicht gefordert werden, nur die letztere Methode. Die Gesetzgebung hat nun bis jetzt mit Rücksicht auf den soeben berührten Unterschied die Sache so gestaltet, daß sie den in erster Instanz geführten Proceß zwar keineswegs als nicht geführt betrachtet, sobald ein Rechtsmittel eingelegt ist, denselben vielmehr auch für das Verfahren in der höheren Instanz zu Grunde legt; dabei jedoch gestattet, daß auch in der höheren Instanz neue Thatsachen und neue Beweismittel, wenn auch in verschiedenem Umfange und unter mannichfachen Beschränkungen beigebracht werden können (s. g. beneficium novorum).

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus lassen sich sodann die Rechtsmittel in folgender Weise von einander unterscheiden. Entweder man will, daß dasjenige Gericht, welches durch Einlegung des Rechtsmittels mit der Sache befaßt wird, die Sache selbst entscheide, oder man will nur von dem angerufenen Gerichte, daß es die stattgehabte Proceßführung und zwar deshalb verwerfe, weil bei dieser die bestehenden Gesetze unrichtig angewandt worden sind. Hat dann das Rechtsmittel Erfolg, so wird das stattgehabte Verfahren vernichtet, cassirt, und indem durch die höhere Instanz angegeben wird, wie mit Bezug auf den vorliegenden Fall das bestehende Recht anzuwenden sei, erfolgt eine nochmalige Proceßführung in derselben Instanz, vor der schon einmal der Proceß geführt wurde, jetzt jedoch unter Befolgung der vom Cassationsgerichte ertheilten Anweisung über die Rechtsanwendung.

Verschieden sind ferner die Rechtsmittel darin, daß einzelne derselben die fernere Entscheidung der Sache an ein dem Instanzenzuge nach höheres Gericht bringen — Rechtsmittel mit Devolutiv-Effect — während andere Rechtsmittel einen solchen Devolutiv-Effect nicht haben, vielmehr nur bewirken, daß die nochmalige Entscheidung bei einem Gerichte gleicher Instanz erfolgt; entweder bei einem anderen Gerichte der gleichen Instanz, oder bei einem anderen Senate desselben Gerichts, oder von dem Collegium desjenigen Gerichts, dessen Einzelrichter die Sache zuerst entschieden hatte.

Nicht minder sind die Rechtsmittel dadurch von einander unterschieden, daß einige derselben das in der früheren Instanz gesprochene Erkenntniß nicht rechtskräftig werden lassen — Suspensiv-Effect — während andere diesen Suspensiv-Effect nicht haben, woraus denn folgt, daß trotz der Einlegung des Rechtsmittels das angefochtene Erkenntniß durch die Execution vollstreckt werden kann.

Auch die Frist, innerhalb deren ein Rechtsmittel eingelegt werden darf, unterscheidet die Rechtsmittel von einander. Denn bald muß ein Rechtsmittel, falls die Anwendung desselben nicht überhaupt unzulässig werden soll, innerhalb einer bestimmten Frist eingelegt werden — ordentliche Rechtsmittel — bald ist die Einlegung des Rechtsmittels an keine Frist gebunden — außerordentliche Rechtsmittel.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß bei Beurtheilung der Begründung des Rechtsmittels der Richter der neuen Instanz bald nur auf die Prüfung derjenigen Beschwerde beschränkt bleibt, welche von der das Rechtsmittel ergreifenden Partei geltend gemacht wird, bald dagegen durch die Einlegung des Rechtsmittels autorisirt wird, die vor ihn gebrachte Sache über die von der Partei geltend gemachte Beschwerde hinaus, nach allen Seiten zu prüfen. In ersterem Falle würde das Rechtsmittel erfolglos bleiben, wenn die von der Partei erhobene Beschwerde sich als unbegründet darstellt, wenn auch an anderen Stellen noch so begründete Fehler des stattgehabten Verfahrens sich herausstellen sollten. Im letzteren Falle dagegen würden derartige Fehler des früheren Verfahrens dem Rechtsmittel zum Erfolge verhelfen, selbst wenn dieselben von der Partei gar nicht als Grund einer Beschwerde anerkannt worden sind.

In Vorstehendem sind die Elemente angeführt, welche in verschiedenartigen Combinationen die verschiedenartigen Rechtsmittel der verschiedenen Gesetze und der verschiedenen Proceßarten bilden. Es wird möglich sein, ein bestimmtes Rechtsmittel einer bestimmten Proceßart und eines bestimmten Proceßgesetzes zu verstehen, sobald man dasselbe nach den hier aufgestellten Gesichtspunkten analysirt. So z. B. ist die Nichtigkeitsbeschwerde des Preußischen Strafprocesses ein ordentliches Rechtsmittel mit Suspensiv- und Devolutiv-Effect, bei welchem neue Thatsachen oder Beweismittel nicht vorgebracht werden dürfen, bei dessen Prüfung der Nichtigkeitsrichter auf die — allerdings ziemlich allgemein gehaltenen — Beschwerdepunkte beschränkt bleibt, und welches, wenn es von Erfolg ist, entwe-

der Cassation des früheren Verfahrens oder ein Erkenntniß in der Sache selbst zur Folge hat. So ist, um ein anderes Beispiel anzuführen, die Revision oder Läuterung des gemeinrechtlichen Civilprocesses ein ordentliches Rechtsmittel mit Suspensiv= aber ohne Devolutiv=Effect, bei welchem die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel benutzt werden kann, und auf welches ein Erkenntniß in der Sache selbst erfolgt.

Trotz aller ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel jedoch; — einmal muß die Sache definitiv zu Ende kommen. Das Recht kann eine Zeit lang unsicher sein; — aber die Rechtsordnung würde es schlechterdings nicht vertragen, wollte man das Recht fortdauernd unsicher lassen; und dies würde geschehen, wenn nicht durch die Proceßgesetze bestimmt würde, daß, an einem gewissen Punkte angelangt, die Sache definitiv zu Ende sein, und das Einlegen der Rechtsmittel aufhören solle.

Dieser Gedanke hat namentlich zu einem für den Strafproceß sehr wichtigen Rechtssatz geführt, welcher Rechtssatz durch die wenigen Worte: non bis in idem bezeichnet wird. Im Strafproceß soll doch materielle Wahrheit festgestellt werden. Dazu gehört natürlich, daß alle Thatsachen, alle Beweismittel, welche für diesen Zweck verwerthet werden **können**, auch wirklich verwerthet werden. Wollte man nun dieser Forderung in unbeschränkter Weise nachgeben, so würde hieraus folgen, daß jedes strafrechtliche Urtheil nur ein provisorisches sein, d. h. Rechtskraft nur unter dem Vorbehalte erlangen könnte, daß nicht noch später Thatsachen oder Beweismittel gefunden werden, welche eine andere Beurtheilung der Sache nothwendig machen. Diesem Gedanken ist denn auch in der Weise Rechnung getragen, daß man einerseits freisprechende Erkenntnisse in vielen Fällen nur **vorläufig** freisprechende sein ließ, sich also die Möglichkeit offen erhielt die Sache von neuem zu verfolgen, sobald sich neue Belastungsmomente ergeben sollten; andererseits auch verurtheilenden Erkenntnissen gegenüber die Möglichkeit gewährte, neu aufgefundene Entlastungsmomente zu verwerthen, indem man in weitem Umfange die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel (restitutio ex capite novorum) gestattete. Es konnte mithin der Fall eintreten, daß wegen einer und derselben Sache mehr als einmal procedirt wurde. Das neuere Recht hat es zwar keineswegs aufgegeben, durch den Strafproceß die materielle Wahrheit herauszustellen, es gibt dasselbe die Möglichkeit in jeder Weise zuverlässige Wahrheitserforschungsmittel zu benutzen; aber — wenn nun alles geschehen ist, was nach menschlichem Wissen zur Erforschung der Wahrheit geschehen konnte, so verlangt es die Sicherheit des Rechts sowohl im Interesse der öffentlichen Ordnung, wie auch im Interesse des verfolgten Angeklagten, daß dann die Sache definitiv zu Ende sei. Der heutige Strafproceß gewährt keine restitutio ex capite novorum, er kennt keine nur vorläufige Freisprechung, er gestattet nicht, daß, wenn rechtskräftig erkannt ist, wegen derselben Sache noch einmal procedirt werde; vielmehr sind seine Freisprechungen wie seine Verurtheilungen nur definitive. Das ist der Inhalt des: non bis in idem. Soll dieser Satz angewandt werden, so ist die Existenz des rechtskräftigen Enderkenntnisses die eine Voraussetzung; die andere Voraussetzung ist das Moment derselben Strafsache. Ist durch das Strafverfahren eine verbrecherische Rechtsverletzung individualisirt, d. h: durch Zeit, Ort, Personen und Art der Rechtsverletzung bestimmt bezeichnet, so ist es gleichgültig, ob Freisprechung oder Verurtheilung deswegen erfolgte, weil die begangene Rechtsverletzung unter einem unrichtigen juristischen Gesichtspunkte aufgefaßt wurde; so ist es gleichgültig, ob die höhere oder geringere Bestrafung, ob die Bestrafung oder Freisprechung überhaupt erfolgte, weil dieser oder jener für die Strafbarkeit, resp. Strafausschließung, für die Straferhöhung oder die Strafminderung bedeutsame Umstand übersehen wurde. Wenn dagegen bei ein und derselben Gelegenheit, von den gleichen Personen verschiedene Rechtsverletzungen begangen wurden, so wird trotz

des äußerlichen Zusammenhanges, in welchem diese verschiedenen Strafverletzungen stehen, jede derselben als für sich bestehend zu betrachten, und der Satz: non bis in idem kein Hinderungsgrund sein, eine Rechtsverletzung zu verfolgen, welche man auch schon früher gelegentlich der Verfolgung einer anderen mit ihr in äußerlichem Zusammenhange stehenden hätte verfolgen können. Der Schlüssel für die mit der Anwendung des Satzes: non bis in idem zusammenhängenden Streitfragen liegt in der strafrechtlichen Lehre der Verbrechensconcurrenz. Käme der Fall vor, daß die Unschuld eines Verurtheilten durch neu aufgefundene Thatsachen oder Beweismittel dargethan werden könnte, so gibt es kein Rechtsmittel dieselbe zu erlangen, sondern es kann dann nur Begnadigung helfen. Falls jedoch eines der Beweismittel, welche zur Verurtheilung führten, gefälscht worden wäre — Meineid eines Zeugen, Fälschung einer Urkunde — so würde das außerordentliche Rechtsmittel, die restitutio ex falsa causa, zulässig sein.

IX. Execution.

Im Civilproceß gibt es keine Execution von Erkenntnissen, durch welche Kläger mit seiner Klage abgewiesen wird — sollte Kläger von neuem eine Klage anstellen, so ist Verklagter genügend dadurch geschützt, daß er sich auf das den Kläger abweisende Erkenntniß beruft — (exc. rei judicatae) und ebenso wenig gibt es im Strafproceß eine Execution wegen freisprechender Urtheile.

Die Execution, d. h. die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils bezieht sich daher im Civilproceß, wie im Strafproceß lediglich auf verurtheilende Erkenntnisse. Nicht immer aber ist weder im Civilprocesse noch auch im Strafprocesse die Rechtskraft eines Urtheils identisch mit der Vollstreckbarkeit desselben — es kann durch das civilrechtliche Erkenntniß dem Schuldner eine Frist zur Zahlung nachgelassen; es können in der Person des Forderungsberechtigten, z. B. durch Erbschaft, Cession u. s. w. Aenderungen entstanden sein, welche die Frage entstehen lassen, ob der die Execution Nachsuchende auch hierzu legitimirt sei; es kann der verurtheilte Schuldner in Concurs gerathen sein, so daß eine einseitige Befriedigung dieses Gläubigers unzulässig wird; es kann von dem in einem Strafproceß rechtskräftig Verurtheilten die Begnadigung nachgesucht sein, wodurch wenigstens in manchen Fällen die Vollstreckung des Urtheils gehemmt wird, oder es ist der zu einer Freiheitsstrafe Verurtheilte so krank, daß der Beginn der Strafvollstreckung für ihn einen größeren, als den durch die Gesetze beabsichtigten Nachtheil herbeiführen würde — es ist daher in diesen und ähnlichen Fällen nicht nur die Rechtskraft, sondern auch die Vollstreckbarkeit des Urtheils festzustellen. Eine besondere richterliche Verfügung in dieser Beziehung (Executionsclausel) wird aber im Strafprocesse gar nicht nöthig sein, da, wenn nicht das Gericht selbst, so doch die Staatsanwaltschaft die Vollstreckung zu veranlassen hat; in Civilprocessen wird dagegen die Executionsclausel da nothwendig, wo nicht das Gericht selbst, sondern wie im französischen Processe die Gerichtsvollstrecker (Huissiers), denen die Beurtheilung über die Exigibilität des Erkenntnisses nicht zugemuthet werden kann, die Execution zu vollstrecken haben.

Die Execution der Straferkenntnisse erfolgt immer ex officio. Wie das ganze Strafverfahren nur in öffentlichem Interesse geführt wird, so wird auch das Urtheil in öffentlichem Interesse vollstreckt, und bedarf es hierzu namentlich nicht eines Antrages der verletzten Privatperson. Nur in den seltensten Fällen wird dem Antragerecht des Verletzten auf Bestrafung die Ausdehnung gegeben, daß derselbe seinen Strafantrag bis zur Vollstreckung des Erkenntnisses zurücknehmen kann. Die Vollstreckung des Strafurtheils besteht darin, daß man den Verurtheilten die im Strafurtheile festgesetzte Strafe ver-

büßen läßt. Wie das geschieht, das bestimmt das materielle Strafrecht. Lautet die Verurtheilung auf Geldbuße, so erfolgt die Beschaffung der Geldsumme, zu welcher der Angeklagte verurtheilt wurde, in ähnlicher Weise wie im Civilprocesse durch Execution Geldsummen beigetrieben werden.

Im Civilprocesse erfolgt dagegen die Execution nur auf Antrag der Partei; denn nur in ihrem Interesse und auf ihre Veranlassung wurde der Proceß geführt. Dasjenige nun, zu dessen Leistung der Verklagte verurtheilt werden kann, ist ebenso verschiedenartig wie die Ansprüche, welche im Civilprocesse erhoben werden können, verschiedenartig sind. Schließlich aber reducirt sich die Sache darauf, daß eventuell alles auf den gemeinsamen, den wirthschaftlichen Verkehr sowohl wie auch das Privatrecht beherrschenden Generalnenner, nämlich auf das Geld zurückgeführt wird.

1) Nehmen wir den Fall, daß der Verklagte zu einer Geldzahlung verurtheilt sei. Die Execution soll dies Geld dem Kläger verschaffen. Zu diesem Zwecke läßt man dem Schuldner Vermögensobjecte wegnehmen, durch welche die Geldforderung gedeckt werden kann. Man nimmt Geld, Geldpapiere, sind diese nicht vorhanden, bewegliche Sachen, die man verkauft; sind auch diese nicht vorhanden, so ergreift die Execution Grundstücke (Immobilien), deren Verkauf (Subhastation) nach bestimmten mit dem Hypothekenrechte in naher Beziehung stehenden Vorschriften erfolgt (Subhastationsverfahren). Auch Forderungen dienen als Executionsobject. Der Schuldner des Exequendus wird angewiesen, nicht an diesen, sondern an das exequirende Gericht, resp. an den die Execution Nachsuchenden seine Schuld zu entrichten. Papiere au porteur werden sofort nach dem baaren Gelde als Executionsobject betrachtet.

2) Ist dem Kläger eine Sache durch gerichtliches Erkenntniß zugesprochen, so wird, wenn es eine Mobilie ist, dieselbe dem Schuldner fortgenommen; handelt es sich jedoch um eine Immobilie, so wird die Execution dadurch vollzogen, daß der Schuldner gerichtlich hinausgeworfen (Exmission) und der Gläubiger gerichtlich in den Besitz eingeführt wird (Immission). Wenn aber die Sache selbst, um die es sich handelt, nicht zu erlangen ist, so muß sich der Gläubiger mit dem Werthe derselben begnügen, und die Execution geschieht durch Herbeischaffung der den Werth repräsentirenden Geldsumme.

3) Die Verurtheilung geht dahin, daß der Schuldner etwas thun solle. Es wird dem Condemnirten aufgegeben, innerhalb einer bestimmten Frist die Handlung selbst vorzunehmen, die Arbeit selbst zu leisten; geschieht dies nicht, so wird die Arbeit durch einen Anderen auf Kosten des Condemnirten geleistet und die entstandenen Kosten werden von dem Condemnirten wie eine Geldschuld beigetrieben. Dies ist natürlich nur möglich, wenn es sich um Leistungen handelt, welche gleich gut und gleich werthvoll von verschiedenen Personen geleistet werden können (s. g. fungible Leistungen); handelt es sich dagegen um Leistungen, welche ihren Werth wesentlich dadurch erhalten, daß sie gerade von dieser Person gewährt werden (nicht fungible Leistungen — z. B. ein Schriftsteller wird condemnirt einer Verlagshandlung so und so viel Bände Roman-Literatur zu liefern), so bleibt zuletzt nichts anderes übrig, als die nicht erfolgte Leistung ihrem Geldwerthe nach zu taxiren und die betreffende Geldsumme von dem Condemnirten beizutreiben.

4) Geht die Verurtheilung darauf, daß der Condemnirte etwas unterlasse, z. B. einen von ihm bis dahin über ein fremdes Grundstück benutzten Weg in Zukunft nicht mehr benutze, so wird dem Condemnirten aufgegeben, die fragliche Handlung in Zukunft zu unterlassen, unter der Androhung, daß wenn er es dennoch thue, er eine bestimmte, im Wiederholungsfalle noch zu erhöhende Geldbuße zu zahlen haben werde. Handelt dann der Condemnirte gegen das rechtskräftig gewordene Verbot, so wird die Geldbuße und der etwa noch weiter gehende vom Beschädigten zu liquidirende Schaden wie eine Geldschuld exequirt.

4

Das deutsche Verfassungsrecht.

Von

Prof. Dr. F. v. Holtzendorff
in Berlin.

I. Die allgemeinen Grundlagen des neueren deutschen Verfassungsrechts.

§. 1. Begriff und Wesen des Staatsrechts. Der Staat ist die Voraussetzung des positiven Rechts überhaupt. Jedes Gesetz und jedes Rechtsverhältniß trägt also eine Beziehung zum Staate in sich. Insofern aber die Aufrechterhaltung der staatlichen Herrschaft über die einzelnen ihr unterworfenen Glieder des Volks, die Formen und Objecte ihrer unmittelbaren Wirksamkeit als Inhalt einer nothwendig verpflichtenden Ordnung erfaßt und gewollt werden, scheidet sich innerhalb des Gesammtgebietes der Rechtsgestaltungen als ein besonderer Theil desselben das Staatsrecht aus. Hierbei zeigt sich die Wechselwirkung und gegenseitige Bedingtheit der Begriffe von Recht und Staat. Während der letztere dem Rechte nach allen ihm unterworfenen Richtungen des menschlichen Lebens Wirklichkeit gibt, wird er selbst von den Rechtsideen erfaßt, gebildet und geleitet. Er tritt den Individuen gegenüber ein in das Verhältniß des Berechtigten und Verpflichteten. Die diese Beziehung der Staatsgesammtheit zu den ihr Angehörigen beherrschenden Normen wissenschaftlich zu begründen und im Zusammenhang nachzuweisen, bezweckt die Darstellung des Staatsrechts.

Das Eigenthümliche dieser Normen liegt vorwiegend in der durch die historische Entwickelung und den Gesammtcharakter des Volkes bedingten Abhängigkeit von gegebenen, der menschlichen Willkür größtentheils entzogenen Zuständen, woraus der verhältnißmäßig stärker hervortretende nationale Charakter aller staatlichen Rechte sich erklärt. Auch in der deutschen Staatsentwickelung bewährt sich dies. Denn während das römische Recht auf weitesten Strecken des Privatrechts als gemein gültiges Aufnahme fand, vermochte es die juristische Gestaltung der staatlichen Herrschaftsverhältnisse nur vorübergehend zu beeinflussen. Die Verschiedenheiten in der positiven Bedeutung der staatlichen Herrschaftsrechte, welche wir im Staatsrechte der einzelnen Länder betrachten, sind nämlich gleichzeitig die Quelle und die Grundlage aller nationalen Rechtsbildungen in den untergeordneten Kreisen der individuellen Thätigkeit.

§. 2. Das allgemeine Staatsrecht. Ein tiefer eindringendes Verständniß der den einzelnen Staat in seinem Verhältniß zu den Staatsbürgern unmittelbar betreffenden Rechtsordnung, des positiv geltenden Staatsrechts, ist allerdings erst möglich durch die Erkenntniß seiner eigenthümlichen Natur, die nur begriffen werden kann in der Gegenüberstellung zu anderen Staatswesen. In dieser Betrachtungsweise ist das Besondere der einzelnen in der Geschichte lebendig gewesenen oder noch lebenden Staatskörper zu trennen von den allgemeinen Merkmalen der staatlichen Wirksamkeit überhaupt. So entsteht, dieser Trennung entsprechend, neben der Wissenschaft des positiven, zwangsweise

wirkenden Rechts der Staaten auch hier die Wissenschaft des allgemeinen, im staatlichen Wesen schlechthin begründeten, oder durch universal menschliche Zweckbestimmungen geforderten Rechts.

Die wichtigste Vorfrage für die wissenschaftliche Begründung des Staatsrechts bildet die Feststellung des Staatsbegriffes, dessen Ausarbeitung Sache der Geschichtsphilosophie ist, und auch in der That von keinem der philosophischen Systeme vermieden werden konnte. Mit den Mitteln der Jurisprudenz allein kann der Staat nimmer völlig begriffen oder construirt werden. Wenn die Gesetze nämlich den Rechtskundigen auch stets auf ihre in dem Gesammtwillen eines Volkes liegende Quelle, also auf den Staat selbst, zurückleiten, so ist doch der Staat seinerseits hinwiederum eine Wirkung solcher Ursachen, die außerhalb jeder positiven Rechtsordnung liegen und deswegen nicht juristisch bestimmt werden können.

Die Rechtswissenschaft betrachtet den Staat nur unter einem genau abgemessenen Gesichtswinkel. Sie hat es nur mit denjenigen Erscheinungen des staatlichen Lebens einer bestimmten Nation zu thun, welche sich als Willensacte aus dem Einheitsbewußtsein derselben ergeben und als Rechtsnormen ankündigen. Neben der juristischen Betrachtung steht die historische und politische ergänzend und das Verständniß des Staates in seiner Gesammtheit geradezu bedingend. Nur zum geringsten Theil wird das Wesen eines bestimmten Staates durch die Construction eines dogmatisch abgeschlossenen Systems der in ihm geltenden Normen begreiflich gemacht. Vielmehr ist die praktische Gestaltung des positiven Staatsrechts wesentlich abhängig von der Erkenntniß der Entwickelungsgesetze, welche die Völker beherrschen und bestimmen; die tiefere Erfassung des Staatsrechts daher nur denkbar durch die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen den ihm eigenthümlichen Lehren und den Staatswissenschaften, welche auch die juristisch und legislativ unbestimmbaren Lebensäußerungen des Staates festzustellen suchen oder in ihrer Bedeutung nachweisen. Die Vermittelung zwischen dem positiven Staatsrecht einerseits und den Lehren der Staatswissenschaft auf Grundlage geschichtlicher Forschung und einer die Mehrheit auf gleicher Culturgrundlage stehender Nationen umspannenden Vergleichung ist Sache theils des allgemeinen Staatsrechts, theils der Politik, wobei jenem mehr die Erklärung der wesentlichen und dauernden Merkmale des staatlichen Lebensprocesses, dieser hingegen die Nachweisung der den thatsächlichen Erfolg der Staatshandlungen bedingenden Momente veränderlicher und geschichtlich wandelbarer Art zufällt.

(**Literatur.** Außer den einleitenden Abschnitten in den Lehrbüchern des deutschen Staatsrechts handeln vom allgemeinen Staatsrecht: Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl. 1868 (2 Bde); v. Held, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts, Leipzig 1868 (S. 20 ist die ältere Literatur aufgeführt). Ueber das Verhältniß des Staatsrechts zu den Staatswissenschaften: R. v. Mohl, Encyclopädie der Staatswissenschaften, 1859, und historisch in: Bluntschli, Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik, 1864. — v. Holtzendorff, Die Principien der Politik, 1869.)

§. 3. Die Staatsgewalt. Der Entstehungsproceß und der Untergang der Staaten in der Geschichte ist zunächst kein Object der Darstellung für das positive Staatsrecht, sondern vielmehr eine Voraussetzung, auf welche dasselbe zu begründen ist. Keine positive Staatsordnung kann ewig sein. Die Vorgänge der staatlichen Geburt und des staatlichen Verfalles vollziehen sich niemals in rechtlich voraus bestimmter Form. Ueberhaupt nimmt der Staat überall erst auf einer höheren Stufe der Entwickelung einen Rechtscharakter für das Bewußtsein der in ihm verbundenen Nation an. Lange Zeit nach seiner Entstehung bleibt er nur eine instinctiv als nothwendig empfundene, aber nicht als sittlich erkannte Macht über den Einzelnen. Und sein Untergang wird meisten=

theils eingeleitet durch die aus Verkennung der nothwendigen Gemeinschaftsordnung emporwuchernde Ueberordnung des individuellen Eigennutzes und der gesellschaftlichen Interessen.

Der Grundbegriff, an welchen sich das positive Staatsrecht überall anknüpft, ist derjenige der Staatsgewalt, zu deren Definition der Reihe nach verschiedene Formeln aufgestellt worden sind. Meistentheils wurden dieselben aus dem geschichtlichen Entstehungsproceß einiger Staaten, oder aus dem jeweiligen Entwickelungsstande des individuellen Rechtsbewußtseins abgeleitet. Im allgemeinen standen diese Definitionen außerdem in Verbindung mit der juristischen Construction des Staates. Von den orientalischen Staatsanschauungen oder der kirchlich-staatlichen Offenbarungslehre abgesehen, waren es vorzugsweise drei verschiedene, auch gegenwärtig noch nebeneinander fortlaufende theoretische Grundrichtungen, welche gleichsam den Baustil bestimmen in der Architectur der staatsrechtlichen Systeme. Indem man erstens den Staat hervorgehen ließ aus der präsumirten Uebereinstimmung der durch gemeinschaftliche Interessen verbundenen Individuen, und sich der Analogien des Privatrechts bediente, erblickte man in der Staatsgewalt nichts anderes, als die überall abgeleitete Function eines Mehrheitswillens, wobei man vielfach sogar die Formel der durch Fiction geschaffenen, für vermögensrechtliche Zwecke bestimmten Persönlichkeit der Gesellschafts- oder Genossenschaftsverwaltung verwendete. Der Staat war hiernach die juristische oder moralische Persönlichkeit, verliehen an die gemeinsamen Zweckbestimmungen der staatsbürgerlichen Individuen. Als man das Unzureichende dieser Auffassung erkannte und die Macht der geschichtlich überlieferten Zustände verstand, begann man zweitens den natürlichen Charakter des Staates hervorzuheben und ihn als Organismus zu begreifen, in welchem jeder Theil ein vom Ganzen bedingtes und wiederum auch das Ganze in Wechselwirkung bedingendes Leben entfaltet, als dessen Mittelpunkt die Staatsgewalt gedacht wurde. Damit sollte deren Gestaltung vor allen Dingen den bewußten und rationalen Einwirkungen der individuellen Willenssphäre entrückt werden. Endlich hat man drittens unter Anerkennung der organischen Natur der Staatsbildungen einen Zusammenhang der Staatsgewalt mit dem Volksbewußtsein in der Formel der Staatspersönlichkeit aufzustellen unternommen.

Obgleich nun die juristische Theorie die Kanten des für ihren Aufbau zu benutzenden Grundsteines keineswegs überall scharf ausgemeißelt hat, so ist dennoch in der Beseitigung ehemals herrschender Irrthümer ein großer Fortschritt unverkennbar. Das Verständniß des Staates hat überall gewonnen, seitdem man sich von der einseitigen Herrschaft des römischen Privatrechts befreite, die nationalen und geschichtlichen Elemente in den deutschen Staatswesen begriff und gegen die Abstractionen der alten naturrechtlichen Schule mißtrauisch ward. Diese bessere Erkenntniß tritt namentlich darin hervor, daß man den im Staate herrschenden Willen und seine Bethätigung durch eine im Staate widerspruchslos gebietende Macht nicht mehr aus der Uebereinstimmung der einzelnen Willen im Wege der Addition zu begründen sucht, sondern als rein natürlich aus dem äußerlich in territorialer Begrenzung abgeschlossenen Volkskörper erwachsen und durch das gleichfalls geschichtlich gewordene Volksbewußtsein leiten und beschränken ließ. Die Staatsgewalt ist somit der höchste, mit äußerlich zwingenden Machtmitteln ausgerüstete und deswegen zuständlich herrschende Einheitswille des Volkes. Als schlechthin unerläßlich und absolut nothwendig begriffen sowohl für die Selbsterhaltung des Volkes neben anderen Völkern, als auch für die sittliche Entwickelung und rechtliche Geltung aller zum Volke gehörigen Individuen, empfängt die Staatsgewalt, ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsproceß und dessen Uebereinstimmung, die rechtliche Sanction ihres Bestandes durch die Anerkennung des zum Selbstbewußtsein gelangten Volkes. Als höchster Wille ist die Staatsgewalt souverän, d. h. sie kann weder in der Theilung gleichberechtigter,

nebeneinander herrschender Willenskräfte, noch in der Unterordnung unter eine andere, inner- oder außerhalb des Volkskörpers bestehende Macht ihren Begriff wahren. Untheilbarkeit, Selbstständigkeit, Zuständlichkeit und Unabhängigkeit sind somit die unentbehrlichen Elemente ihres Daseins. Dagegen ist es für den Begriff der Souveränetät gleichgültig, ob sie sich selbst bezüglich der *Gegenstände* ihrer Thätigkeit beschränkte oder beschränken ließ, wofern nur die Möglichkeit besteht, daß sie, in Uebereinstimmung mit dem Princip ihrer Existenz, alle *einzelnen*, thatsächlich beherrschbaren Functionen des Volkslebens oder der Privatthätigkeit ihrer *Macht* unterwerfen kann. Die Formen, in denen sich die Staatsgewalt äußert, sind mit Rücksicht auf den Gegenstand und den Zweck ihrer Herrschaft sehr verschieden.

Vor Jahren hat man versucht, die wichtigsten Aeußerungen der höchsten Staatsgewalt unter gewisse entscheidende Gesichtspunkte zu classificiren. Die dem Alterthum entstammende und auch heute mit Vorliebe festgehaltene Eintheilung unterscheidet als fundamentale Wirksamkeiten: die *gesetzgebende Gewalt*, welche allgemein verbindende, dauernde Normen des Handelns aufstellt; die *richterliche Gewalt*, welche über die streitig gewordene Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall entscheidet und die Folgen einer geschehenen Rechtsverletzung für Rechtsuchende bestimmt; endlich die *ausführende Gewalt* (Executive), welche die äußeren Machtmittel zur Aufrechthaltung des Gesetzes und Erzwingung des rechtlich geschuldeten Gehorsams ordnet und verwendet. Gegen diese Eintheilung ist eingewendet worden, daß sie nicht erschöpfend sei. Und in der That muß zugegeben werden, daß die Gesammtheit aller von der Staatsgewalt zu übenden Functionen sprachlich nicht überall auf jene Dreitheilung zurückgeführt werden kann. Andere haben deswegen versucht, entweder diese Unterscheidungen zu vermehren, oder gar durch Aufstellung eines fertigen Schemas die einzelnen Thätigkeiten der Staatsgewalt nach logischen und politischen Merkmalen zu einander in das Verhältniß der Ueber- oder Unterordnung zu bringen.

Wenn man indessen das Wesen der ausführenden Gewalt so auffaßt, daß sie nicht nur den in *Form* des Gesetzes bereits gegebenen, sondern auch den unmittelbar aus der Totalität der Staatsgewalt hervorgehenden, der Gesetzesform nicht bedürfenden Willen des Volkes zu realisiren hat, läßt sich jene Dreitheilung immer noch gegenwärtig als die für wissenschaftliche Darstellung des Staatsrechts zweckmäßigste Art der Unterscheidung aufrecht erhalten.

Dagegen war es allerdings eine der richtigen Erkenntniß des Staates höchst nachtheilige Auffassung, wenn man den Grundcharakter der nicht in der Gesetzgebung und der richterlichen Thätigkeit hervortretenden Functionen der Staatsgewalt damit erschöpft glaubte, daß es sich nur um *Vollstreckung* einer im voraus überall gegebenen objectiven Norm handle. Eine derartige engere und deswegen irrige Bestimmung der ausführenden Gewalt lag vielfach der ehemals beliebten Theorie der *Theilung* der Staatsgewalt und des s. g. Gleichgewichts der Staatsgewalten zu Grunde. Der Grundgedanke dieser Theorie, die namentlich im vorigen Jahrhundert und zu Anfang des gegenwärtigen vielfach Verbreitung gefunden hatte, bestand darin, daß die Freiheit der Staatsbürger durch eine gleichmäßige Vertheilung der Staatsgewalt auf mehrere nebeneinander wirkende Factoren in der Ausübung sicher zu stellen sei.

§. 4. *Wissenschaftliche Behandlung des Staatsrechts.* Mit der Unterscheidung der wesentlichen, aus der Natur der Staatsgewalt abzuleitenden Functionen des einheitlich wirkenden Volkswillens hängt die Eintheilung des staatsrechtlichen Stoffes für die Zwecke der wissenschaftlichen Behandlung eng zusammen. Wir unterscheiden innerhalb des Staatsrechts zuvörderst *Verfassungs-* und *Verwaltungsrecht* (droit

Digitized by Google

constitutionel und droit administratif) in dem Sinne, daß jenes die Formen, in denen, und die Schranken, bis zu welchen sich der Staatswille allgemein äußert und bethätigt, dieses hingegen die besondere Natur und Behandlungsweise der der Verfügung der Staatsgewalt unterliegenden Objecte aus dem Gesichtspunkte der materiellen Gesetzesanwendung zu seinem Gegenstande hat. Gegen diese Eintheilung hat neuerdings Gerber (in seinen Grundzügen eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 2. Ausg. 1869) Widerspruch erhoben, indem er seinerseits das Verfassungsrecht mit dem Staatsrecht identificirt und das Verwaltungsrecht als eine davon abgeschiedene, selbstständig constituirte Materie des öffentlichen Rechts neben dem Strafrecht, dem Völkerrecht u. s. w. anerkannt sehen will. Für die Zwecke der Darstellung aller dem Verwaltungsrecht angehörigen Einzelheiten ist indessen bereits eine weitere Specialisirung fast überall eingetreten, indem die Finanzwissenschaft, die Polizeiwissenschaft oder die Verwaltungslehre schlechthin für ihre Zwecke sich einen großen Theil des verwaltungsrechtlichen Details angeeignet haben. Die allen Verwaltungszweigen gemeinsamen Grundsätze, soweit sie rechtliche Gestalt gewonnen haben, sind indessen um so mehr im wissenschaftlich engeren Zusammenhange mit dem Verfassungsrecht zu erhalten und durch den Titel des Staatsrechts zu combiniren, als die richtige Behandlung und die Kritik der Verfassungsbildungen gar nicht von der Würdigung der Verwaltungsorganisationen getrennt werden kann. Unter dem gemeinsamen Titel des Staatsrechts ist daher, methodisch gewürdigt, das Verhältniß von Staats- und Verwaltungsrecht kaum ein anderes, als zwischen Familienrecht und Erbrecht innerhalb des gemeinsamen Rahmens des Privatrechts.

Für die Zwecke unserer encyclopädischen Darstellung eignen wir uns jene herkömmlich gewordene Unterscheidung an; doch wird das Verwaltungsrecht, weil es innerhalb des Staatsrechts genügend abgegrenzt werden kann, einer anderen und sachverständigeren Feder anvertraut werden.

Eine andere Eintheilungsweise, die jedoch nicht für das positive Staatsrecht aller Länder benutzt werden kann, ist diejenige in gemeines und particuläres Staatsrecht. Eine besondere Bedeutung hat dieselbe für die zusammengesetzten Staatskörper, von denen weiterhin in der Lehre von den Staatenverbindungen die Rede sein wird. Von einem formal gemeinen Rechte für Deutschland kann seit der Auflösung des deutschen Reiches oder des deutschen Bundes keine Rede mehr sein. Ob von einem materiell gemeinen Staatsrecht gesprochen werden darf, ist zweifelhaft, weil die aus dem ehemaligen Zusammenhang überkommenen, gemeinschaftlich gebliebenen Rechtsnormen weder an Zahl, noch an Inhalt bedeutend genannt werden können. Im übrigen versteht es sich von selbst, daß Erforschung und Darstellung des die einzelnen deutschen Staaten betreffenden Staatsrechts nur auf einer historischen Basis vollständig zu lösen ist. Die Uebergänge in der deutschen Staatsrechtsbildung sind niemals so schroffe gewesen, wie in anderen continentalen Staaten, vorzugsweise in Frankreich. Daraus erklärt sich auch beispielshalber, daß die Trennung zwischen dem heutigen Verfassungsrecht und dem s. g. Privatrecht der fürstlichen Familien noch nicht vollständig in der Darstellung des Staatsrechts vollzogen werden kann. Mannichfache Reste des Lehnrechts und des auf den hohen Adel ehemals bezüglichen Standesrechts haben sich in die Gegenwart fortgepflanzt, so daß das Verständniß des Gegenwärtigen überall wesentlich aus dem Vergangenen zu ergänzen ist. Vornehmlich gilt dies für die Lehre von der Thronerbfolge, und der Schleswig-Holsteinsche Streit insbesondere hat gezeigt, welcher Aufwand rechtshistorischen Wissens noch bei der Untersuchung gegenwärtiger Streitfragen verbraucht werden kann.

(Literatur. Fast alle Lehrbücher des deutschen Staatsrechts sind durch die Natur des Stoffes genöthigt, einerseits Bundesrecht und Landesstaatsrecht, andererseits innerhalb des

letzteren wiederum Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht auseinanderzuhalten. — Verzeichnet ist die Literatur des älteren Reichsstaatsrechts bei Pütter, Literatur des deutschen Staatsrechts, 3 Theile, 1776—1783; diejenige der neueren Zeit bis 1855 bei Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften in Monographien dargestellt, 3 Bände, 1855 ff. Von neueren Systemen und Lehrbüchern sind hervorzuheben: Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten, Frankf. 1817, 4. Aufl. 1841. — Jordan, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Cassel 1841. — Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 1837. — Weiß, System des deutschen Staatsrechts, 1843. — H. A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, zuerst 1841, 3 Aufl. 1867. — Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts mit besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, 5. Aufl. 1863. — J. Held, System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf Constitutionalismus, 2 Bände, 1856 ff. — Grotefend, System des öffentlichen Rechts der deutschen Staaten, 1. Abth. 1860. — Schulze, System des deutschen Staatsrechts, 1. Abth. 1865. — Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 2. Aufl. 1869. Als einleitende Schriften kommen in Betracht: Mejer, Einleitung in das deutsche Staatsrecht, 1861, und v. Kaltenborn, Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht, 1863. — Lexicalische Werke: v. Rotteck und Welcker, Staatslexicon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, begonnen 1834, 3. Aufl. in 14 Bänden seit 1856 ff. — Bluntschli und Brater, Staatswörterbuch, seit 1857. Fortlaufende Urkundensammlung zur Zeitgeschichte: Aegidi und Klauhold, Staatsarchiv, seit 1861. Eine dem Staatsrecht ausschließlich gewidmete Zeitschrift existirt nicht; die von Aegidi herausgegebene Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte hörte nach der Ausgabe weniger Hefte 1867 wieder auf, zu erscheinen.)

§. 5. Die Staatsformen. Die grundsätzlich wichtigste Satzung des positiven Staatsrechts ist die Staatsform. Der Begriff des Staates selbst ist eine Abstraction aus dem geschichtlichen Leben der Völker; er bedeutet den Zustand des einheitlich in Rechtsgemeinschaft lebenden Volkes, dessen Geschlechter, Gesellschaftsgliederungen und Entwickelungsproceß durch den Staat zusammengefaßt und verbunden werden. Solcher Zustand kann in geschichtlicher Dauer nur erhalten werden durch ununterbrochene Bethätigung des Gesammtwillens vermittelst natürlicher in der Sinnenwelt wirkender Kräfte, so daß alle Rechte der Staatsgewalt gleichzeitig als nothwendig auszuübende Pflichten, mindestens in ihrem Princip, aufzufassen sind.

Je nach der äußeren Erscheinung der die Staatsgewalt ausübenden persönlich menschlichen Kräfte bestimmen sich die Staatsformen, deren Aufzählung und Beschreibung eine der wichtigsten und schwierigsten Aufgaben des allgemeinen Staatsrechts und der Politik bildet. Wie viele einfache Grundformen, mit Rücksicht auf die die Staatsgewalt ausübenden Subjecte anzunehmen sind, war von jeher und ist auch noch heute in der Theorie streitig, besonders deswegen, weil man mit dem Subjecte der Ausübung der Staatsgewalt meistentheils das Princip der Thätigkeit oder die Motive und Zweckbestimmungen der Staatshandlungen vermischte. Die Dreitheilung des Aristoteles, welcher Monarchie, Aristokratie und Demokratie (nebst drei s. g. Parekbasen oder Entartungen in der Despotie, der Oligarchie und der Ochlokratie) annahm, findet noch gegenwärtig ihre Anhänger, während andere, je nachdem die Staatsgewalt durch eine Person oder durch eine Personenmehrheit ausgeübt wird, nur die zwei Grundformen der monarchischen oder republikanisch gestalteten Staatsgewalt gelten lassen wollen. Allein auch mit dieser Aufstellung ist nicht jeder Zweifel beseitigt; denn von einigen Seiten wird beispielsweise die lebenslängliche oder Wahlmonarchie als eine republikanische Staatsform, dem Sprachgebrauch zuwider, angenommen. Sogar mit Beziehung auf die heutige Gestaltung des englischen Königthums ist öfters die Behauptung zu hören, daß im Grunde eine Republik anzunehmen sei. Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, hat man vorgeschlagen, auf Grundlage jener einfachen Staatsformen weitere Unterschiede mit Rücksicht darauf zuzulassen, ob die Ausübung der Staatsgewalt in Beziehung auf die Objecte ihrer Wirksamkeit unvermittelt vor sich gehe (reine Staatsformen) oder vermittelt durch die nicht willkürlich abzuweisende Mitwirkung anderer Personen (gemischte Staatsformen).

Welche von den an sich möglichen Staatsformen die beste oder wünschenswertheste ist, läßt sich ohne Rücksicht auf gegebene Zustände und thatsächliche Voraussetzungen gar nicht allgemein beantworten, so oft auch der Versuch damit gemacht worden ist. Jede Staatsform hat der Reihe nach ihre Anhänger und ihre Gegner gefunden, je nach der Leistungsfähigkeit der leitenden Staatsmänner. Irrig wäre es indessen, deswegen zu glauben, daß die Staatsform überhaupt so gut wie gar nichts zu bedeuten hätte, denn es ist gewiß, daß der Uebergang von der einen Staatsform zur anderen keinenfalls eine Sache des bloßen Beliebens oder der Willkür der Völker ist.

In Deutschland finden sich noch gegenwärtig die beiden Grundformen der Monarchie und der Republik nebeneinander; doch ist letztere gegenwärtig fast als eine Singularität gegenüber der vorwiegend monarchischen Entwickelung des letzten Jahrhunderts stehen geblieben. In der vergleichenden Würdigung der Staatsformen entscheidet man sich übrigens gegenwärtig fast allgemein in Deutschland für die erbliche, beschränkte und repräsentativ gestaltete Monarchie. Vor einer verhältnißmäßig wenig entlegenen Zeit ward die Behandlung des deutschen Staatsrechts noch in sehr hohem Maße beeinflußt von der Vorliebe für die eine oder andere Staatsform, entweder der absoluten Monarchie oder der repräsentativ beschränkten, oder der ständischen Lehnsherrschaft. Gegenwärtig scheint es indessen, als ob trotz mannichfacher Abweichungen in der theoretischen Beurtheilung der deutschen Staatszustände der Untergang sowohl der absoluten als der altständischen Monarchie zu den unwiderruflich vollzogenen Thatsachen der Zeitgeschichte zu rechnen und nur noch darüber zu rechten ist, wie das Verhältniß der erblichen Monarchie zu den in dem einheitlichen Volkswillen ruhenden Grundlagen der Staatsgewalt wissenschaftlich zu bestimmen ist. Daß die Person des Monarchen nicht die staatliche Souveränetät in sich absorbirt, sondern vielmehr in freier, selbstständiger Weise handelnd darstellt, daher auch nicht über das Gesetz, sondern von Rechts wegen nur durch das Gesetz herrscht, darf gleichfalls als eine aus besserem Verständniß des Staates hervorgegangene Frucht der neueren Wissenschaft bezeichnet werden. Durch diese Anschauung unterscheidet sich das gegenwärtige Zeitalter in bemerkenswerther Weise, sowohl von derjenigen Lehre, welche im Anschluß an bestimmte theologische Ueberlieferungen einen überirdischen und mystischen Ursprung der monarchischen Gewalt als fortwirkend in deren Regierung annahm, als auch von der Ansicht, welche in der erblichen Monarchie nur eine willkürlich zu entziehende Delegation der der Volksgesammtheit zustehenden Souveränetätsrechte erblickte.

Die Staatsformen, welche man früher nur mit Rücksicht auf die herrschenden Subjecte bestimmen zu können glaubte, sind in der neueren Zeit auch noch einer anderen Betrachtungsweise unterworfen worden. Von hohem Interesse ist dabei nur der Gesichtspunkt: Welche Gestaltungen sich im wesentlichen ergeben, wenn man den leitenden Staatswillen in Beziehung treten läßt zu den räumlichen Schranken seiner Wirksamkeit. Wie er in den gemischten Staatsformen beschränkt sein kann durch die Repräsentation der Volksgesammtheit oder einzelner ihrer Gliederungen, so können in räumlicher Hinsicht durch die Aufrechterhaltung territorialer Selbstständigkeit oder durch andere Gründe Vermittelungen und Schranken für die Geltung des Staatswillens gegeben sein. Zwar fehlte es auch im classischen Alterthum nicht an derartigen Staatsgebilden; doch hat erst die neuere Zeit, im Vollbesitze eines reicheren historischen Wissens und aus nächstliegender Theilnahme für die in der Gegenwart selbst noch nicht völlig abgeschlossenen Entwickelungen, ihnen eine tiefer eindringende Prüfung zu Theil werden lassen. Neben den monarchischen und republikanisch geformten, werden daher gegenwärtig noch zwei weitere Grundgestalten in den territorial einheitlichen und zusammengesetzten Staatskörpern zu

unterscheiden sein. Dies führt uns auf die s. g. Staatenverbindungen, in denen sich für uns gleichzeitig der Uebergang zu den deutschen Verfassungen vorbereiten wird.

§. 6. Staatenverbindungen. Noch mehr als durch dasjenige, was man herkömmlicherweise die Staatsform nannte, wird die Wirksamkeit und Organisation der Staatsgewalt charakterisirt durch die territoriale Stellung der Staatsgewalt oder durch ihre dauernde Unterordnung unter eine ihr mit anderen Staaten gemeinsame Zweckbestimmung. In dieser Richtung treffen wir auf folgende Unterscheidungen. Zunächst

1) der Einheitsstaat. Der herrschende Staatswille erscheint vollkommen selbstständig und — anderen Staaten gegenüber — uneingeschränkt in Beziehung auf die Gegenstände seiner Wirksamkeit: ein Staatsgebiet gegenüber einer Regierung. Vergrößert sich der Einheitsstaat, so kann dies nur im Wege der Einverleibung oder Incorporation geschehen, womit freilich nicht ausgeschlossen wird, daß den einverleibten Gebietstheilen besondere, wirklich oder vermeintlich berechtigte Eigenthümlichkeiten in Gesetz und Verwaltung belassen werden, wie dies auch nach den letzten großen Einverleibungen durch Preußen im Jahre 1866 geschah. Das Anerkenntniß solcher Eigenthümlichkeiten hängt indessen lediglich von dem Willen des Gesetzgebers ab, welchem keinerlei bindende Schranke gesetzt ist. Vereinigt sich der Einheitsstaat mit anderen Staaten zu gemeinschaftlichen Zwecken, so kann dies nur im Wege völkerrechtlicher Allianceen vorübergehend nach dem Princip der Gleichberechtigung souveräner Staaten geschehen.

2) Die Realunion, die dauernde und von Rechts wegen unlösliche Verbindung mehrerer Staaten unter einem gemeinschaftlichen Herrscher, aber unter Aufrechterhaltung der Gebietstrennung beider und unter staatsrechtlich anerkannter Bewahrung des jedem Staatsgebiete eigenthümlichen Verfassungsrechtes. Innerhalb der Realunion sind mannichfache Abstufungen denkbar, indem die vereinigten Gebiete einander fremdartiger gegenüberstehen oder näher verbunden sein können. Gegenstand und möglicherweise auch Form der Willensäußerung der einen Staatsgewalt sind somit in beiden Gebieten verschieden. Ein nächstliegendes Beispiel liefert Ungarn mit seiner besonders gestalteten Verfassung gegenüber dem Kaiserthum Oesterreich.

3) Die Personalunion, als die von Rechts wegen lösliche Verbindung mehrerer Staaten unter der Person eines und desselben Herrschers, daher auch von einigen Publicisten „vorübergehende Union" genannt. Irrigerweise erblickt man hier und da schon in der völligen Verschiedenheit zweier nebeneinander bestehender Verfassungen ehemals fremder Staaten das Merkmal der Personalunion. Eine solche ist herzustellen entweder zwischen mehreren Wahlreichen, welche einen und denselben Herrscher erwählen, oder zwischen einem Wahlreich und einer erblichen Monarchie, oder zwischen mehreren Erbmonarchien, wenn deren Successionsordnung eine verschiedene ist (wie beispielsweise zwischen England und Hannover von 1714—1837), oder endlich bei gleicher Successionsordnung, wenn nach dem Aussterben des gemeinschaftlichen Herrschergeschlechtes jedem Staate für sich die Berufung des neuen Herrschers freigestellt bleibt. Schleswig, Holstein und Lauenburg in ihrem wechselseitigen Verhältniß und im Verhältniß zur dänischen Monarchie zeigten ehemals Personal- und Realunionen neben einander. Schleswig und Holstein, in Realunion zu einander stehend, befanden sich nach der deutschen Staatsrechtslehre gemeinsam im Verhältniß der Personalunion zu Dänemark, nachdem die Thronfolgeordnung im letzteren Staate eine cognatische geworden war. Luxemburg und Holland stehen im Verhältniß der Personalunion, was auch in Beziehung auf Lauenburgs Verhältniß zu Preußen behauptet wird.

Eine weitere Art der Staatenverbindung bilden endlich

4) der Staatenbund und

5) der Bundesstaat. Diese beiden letzteren Bezeichnungen gehören der deutschen Theorie an, welcher die ausländischen Schriftsteller erst später in besonderen Wortbildungen nachzuahmen suchten.[1]) Die ursprünglich gemeinschaftliche Bezeichnung für beide Staatsverbindungen war „Conföderation". Die feste juristische Unterscheidung vom Staatenbund und Bundesstaat ist ebenso wichtig als schwierig, außerdem aber auch streitig, weil die Begriffsmerkmale keineswegs in gleicher Anzahl angegeben werden. Man kann daher im allgemeinen wesentliche und unwesentliche Merkmale unterscheiden. Solche unwesentliche Merkmale sind vielfach hervorgesucht worden, indem man entweder das rein historische Moment der Entstehung bestimmter Staatenverbindungen ins Auge faßte, oder sich allzu sehr an augenblicklich gegebene Verhältnisse einzelner Conföderationen generalisirend anschloß. Die in der neuesten Zeit als Muster vielfach benutzten, sogar für die Theorie unausgesprochen maßgebenden Staatenverbindungen waren: die nordamerikanische Union und die Schweiz (seit 1848), als Formen für den Bundesstaat, und der Deutsche Bund als Staatenbund. Uebrigens ist man nicht einmal darüber völlig einig, wie sich der Bundesstaat vom Einheitsstaat durchgreifend unterscheidet, sonst wäre die öfters aufgeworfene Streitfrage nicht denkbar: ob das Deutsche Reich seit dem westphälischen Frieden nach der Anerkennung der Landeshoheit, als eines in den Territorien völlig selbstständigen Regierungsrechtes, einen nur thatsächlich gelockerten Einheitsstaat wegen des Fortbestandes der kaiserlichen Würde oder einen Bundesstaat dargestellt habe?

Das verbindende Glied zwischen Staatenbund und Bundesstaat liegt nur darin: daß beide Verbindungen auf der für mehrere Staaten gegebenen Gemeinsamkeit gewisser Zweckbestimmungen, der ihnen entsprechenden dauernden und unlöslichen Verbindung der Betheiligten und dem Vorhandensein gewisser gemeinschaftlichen Anstalten beruhen. In Ermangelung dieses Elementes der Dauer, als eines für diese Staatenverbindungen wesentlichen, konnte beispielsweise der Zollverein als solche bisher nicht anerkannt werden. Als der natürlichste und wirksamste Grund der Staatenverbindungen erscheint jedenfalls das gemeinsame Bedürfniß schwächerer Staaten, sich dauernd gegen einen mächtigen Nachbar zur Vertheidigung zu verbinden und ebendeswegen auf bloße Allianceverträge und deren zeitliche Begrenzung Verzicht zu leisten. Diese internationale Zweckbestimmung, deren Erfassung bereits eine Ueberwindung des den einzelnen Staaten innewohnenden Selbstständigkeitstriebes und der selbst unter verwandten Gemeinwesen üblichen Eifersucht verlangt, tritt am stärksten hervor in dem Staatenbunde, welcher eine gemeinsame und dauernd gesicherte Verpflichtung der einen Staatsregierung gegen die andere und aller gegen jede einzelne darstellt.

Aber schon der Staatenbund, wenngleich seinem Ursprunge nach nur auf einen Zweck angelegt, trägt nothwendigerweise eine Beziehung zu den inneren Angelegenheiten der einzelnen zu ihm gehörigen Staaten in sich und um der äußeren Sicherheit willen muß er die Einigkeit aufrechterhalten, das Bestehen jeder einzelnen Regierung gegen innere Gefahren schützen, an Stelle des Kriegsrechts unter den Mitgliedern für eine rechtliche Entscheidung Sorge tragen, die Bereitschaft von Geldmitteln und Truppen für den Nothfall überwachen. Im Bundesstaat hingegen herrscht positiv die Idee, daß eine äußerliche Trennung des internationalen Zweckes einer Staatengemeinschaft von den inneren Angelegenheiten in einer festen Linie nicht durchzuführen ist, und daß äußere Sicher-

---

[1]) So sprechen neuerdings die Italiener von stato federativo und confederazione degli stati.

heit auch innere Gemeinschaft des nationalen Lebens in den Grundzügen seiner Thätigkeit verlangt.

Hieraus nun ergibt sich der staatsrechtlich höchst wichtige und oberste Unterschied zwischen beiden: Im Bundesstaat wird erfordert das Vorhandensein einer höchsten, den Gesammtwillen Aller nach außen und innen repräsentirenden Gewalt mit unmittelbarer Verfügungsberechtigung über die gemeinsamen Machtmittel und unmittelbarer Herrschaft über die Staatsbürger in ihrem Verhältniß zur Bundesgewalt. Daher: mindestens eine verpflichtende Bundesgesetzgebung, wirksam ohne Zuthun der einzelnen Staatsregierungen. Im Staatenbund sind einstimmig oder mit Mehrheit gefaßte Beschlüsse der Regierungen nur für diese selbst verpflichtend und zwar ohne die für das Wesen des Gesetzes wesentliche Form der Publication, während sie für die Unterthanen nur in Gestalt eines publicirten Landesgesetzes verbindlich werden können. Dieser tief eingreifende Unterschied ist auch sprachlich wiedergegeben in der Gegenüberstellung von Bundesbeschlüssen und Bundesgesetzen. Vom Standpunkte der Unterthanen aufgefaßt, spiegelt sich diese Verschiedenheit nothwendigerweise darin ab, daß im Staatenbunde nur einfaches Unterwerfungsverhältniß zu den Landesregierungen, im Bundesstaate ein doppeltes, zu Land und Bund geordnetes sich herausstellen muß. Vollkommen durchgeführt, verlangt der Bundesstaat endlich die völkerrechtliche Darstellung der nationalen Einheit nach außen in einem einfachen Vertretungsverhältniß des Bundes unter gleichzeitiger Aufhebung jeder Communication zwischen den Landesregierungen und dem Auslande, während im Staatenbunde das Vertretungsrecht der einzelnen Staaten bei auswärtigen Mächten nur durch die Zweckbestimmung der gemeinschaftlichen Sicherheit, also durch Verbot kriegerischer Allianceen beschränkt zu sein braucht.

Als anderweitige, aber doch bei gründlicher Erwägung nur unwesentlich erscheinende Begriffsmerkmale pflegt man aufzustellen:

a) Die Heeresverfassung. Für den Bundesstaat auf einem directen Aushebungsrecht und der Organisation einer Bundesarmee begründet, soll sie im Staatenbunde nur auf dem System der Contingentsgestellung basiren.

An sich ist selbstverständlich, daß die Bundesgesetzgebung im Bundesstaate zu allererst competent sein wird, die Vertheidigungsanstalten zu ordnen und somit auch erforderlichenfalls selbst ein directes Aushebungsrecht zu üben. Aber es ist nur eine Zweckmäßigkeitsfrage thatsächlicher Art, ob er sich an Contingenten der einzelnen Bundesregierungen genügen lassen will und kann, wodurch keinenfalls sein Bestand schlechthin negirt sein würde.

b) Die Finanzverfassung, insofern als der Bundesstaat nothwendig auf unmittelbare Erhebungen (z. B. aus Zöllen oder Posten), der Staatenbund auf Umlagen und Beiträge der einzelnen Regierungen anzuweisen sei. Zusammenhängend damit:

c) Das Bundesbeamtenthum, insofern als der Bundesstaat auf ein ständiges, seiner Gewalt unterworfenes und ihm unmittelbar verpflichtetes Beamtenthum nicht Verzicht leisten könne, während der Staatenbund durch die Hülfsleistungen der Bundesregierungen genügend seine Angelegenheiten wahrzunehmen im Stande sei. Endlich

d) Die Volksvertretung, welche im Bundesstaate mindestens theilweise durch Wahlen aus der Volksgesammtheit aller Länder gebildet werden müsse, für den Staatenbund hingegen fehlen könne oder müsse.

Alle diese Merkmale mögen politisch sehr schwer ins Gewicht fallen, für die allgemeine Theorie der Staatenverbindungen sind sie durchaus nebensächlich. Die Hauptsache bleibt: im Bundesstaat concurriren Bundes- und Landesgesetzgebung selbstverständlich unter Ausschließung der letzteren in allen Bundessachen, im Staatenbund besteht nur die eine gesetzgebende Gewalt der einzelnen Länder. Eine Abgrenzung der in Bundesstaaten

der Gesammtheit zustehenden, von den den einzelnen Ländern vorzubehaltenden Gesetzgebungsmaterien ist theoretisch nicht zu finden. Das Maß des Gemeinsamen kann kleiner oder größer, es kann so groß sein, daß in Frage kommt, ob der Name des Staates den einzelnen Bestandtheilen belassen werden kann oder nicht. Von souveränen Staaten kann im consequent vollendeten Bundesstaate nicht mehr die Rede sein, wofern es sich nicht etwa um eine Ehren halber belassene Titulatur handelt..

Außer dem Bundesstaat und Staatenbund wollen einige Staatsrechtslehrer noch eine dritte Form der Staatenverbindungen unterscheiden: der Staatenstaat, welcher gleichsam in der Mitte stehen soll zwischen den bereits beschriebenen Gestaltungen, indem er das Nebeneinanderbestehen zweier Staatsgewalten, einer Reichsgewalt und einer Territorialgewalt, wie Deutschland nach dem westphälischen Frieden aufzeige. Oder man sucht ihn so zu bestimmen, daß man sagt, der Reichsgewalt stehe hier die Präsumtion ihrer Competenz zur Seite, während sie ihr im Bundesstaate entgegenstehe. Andere sind der auch von uns getheilten Ansicht, daß ein Bedürfniß zur Aufstellung einer solchen Verbindungsform nicht besteht und der Staatenstaat eine überflüssige Abstraction aus vereinzelten historischen Vorkommnissen darstellt. Zwischen den reinen und scharf ausgeprägten Formen des Bundesstaates und des Staatenbundes gibt es allerdings unleugbare Uebergangszustände, in denen die Formen undeutlich und unklar erscheinen. Auch in Deutschland, wo die Lehre von den Staatenverbindungen besonders wichtig ist, zeigt sich dies an der Geschichte der neueren Staatsentwickelung seit 1806.

(**Literatur.** Von den Staatenverbindungen handeln sämmtliche Lehrbücher des deutschen Staatsrechts. Außerdem: Freeman, History of federal Government, vol. I, 1863. — Waitz, Das Wesen des Bundesstaates in seinen Grundzügen der Politik, 1862. — G. Cohn, Quid intersit inter confoederationem civitatum et civitatem confoederatam ex constitutionibus Germaniae, Helvetiae, Americae septentrionalis, Gryphiae 1868. — G. Meyer, Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts, 1868, S. 1—40. Ebenda und bei Cohn sind auch die gangbarsten Werke der in dieser Materie wichtigen Arbeiten der Schweizer und Nordamerikaner angeführt.)

§. 7. Die deutschen Staatenverbindungen. 1) Der Rheinbund und der Deutsche Bund.

Die Lehre von den Staatenverbindungen hat ihre besondere Bedeutung für Deutschland. Sie ist zum größeren Theile sogar eine Abstraction aus den deutschen Staatszuständen. Denn seit dem westphälischen Frieden von 1648 bildete Deutschland einen zusammengesetzten Staatskörper. Auch seit der im Jahre 1806 erfolgten Auflösung des deutschen Kaiserreichs sind die deutschen Staaten thatsächlich nebeneinander niemals vollkommen souverän und unabhängig, sondern vielmehr mindestens theilweise in einem Verbande irgend welcher Art geblieben. Diese drei neueren deutschen Staatenverbindungen sind:

1) der Rheinbund, die Vereinigung deutscher Mittel- und Kleinstaaten unter Ausschließung der beiden deutschen Großmächte, Preußen und Oesterreich;

2) der Deutsche Bund, unter Annahme eines dualistischen Princips in der Theilnahme beider Großmächte, aber unter Belassung eines Theiles ihrer Besitzungen außerhalb des Bundesgebietes, und

3) der Norddeutsche Bund als die Vereinigung deutscher Staaten unter der Vorherrschaft einer Großmacht bei gleichzeitiger grundsätzlicher Ausschließung Oesterreichs.

Diese drei für die neueren deutschen Staatszustände wichtigen Verbindungen sind in der Kürze zu betrachten.

Erstens der Rheinbund, dessen durch die französischen Revolutionskämpfe, die Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich und den Reichsdeputationshauptschluß von

1803 eingeleitete Bildung durch die zu Paris am 12. Juli 1806 abgeschlossene Rheinbundsacte (Acte de confédération du Rhin, traité entre S. M. l'Empéreur des Français et les membres de l'Empire germanique dénommés) von sechzehn deutschen Fürsten vollzogen ward. Andere Fürsten traten späterhin nach der Niederwerfung Preußens hinzu. Mit Ausnahme des preußischen, österreichischen und durch Einverleibungen französisch gewordenen Gebietes umfaßte daher der Rheinbund sämmtlich deutsche Staaten (im Jahre 1810: 5703 Quadratmeilen mit 14,935,265 Einwohnern). Eine Schöpfung Napoleonischer Fremdherrschaft und dynastischer Selbstständigkeitsgelüste deutscher Fürsten, überdauerte er den Sturz seines Schutzherrn nicht, so daß sein etwa siebenjähriger Bestand nur eine kurze Uebergangsperiode darstellt, während welcher sich eine feste Verfassung der neuen Staatengruppe nicht herausbilden konnte. Politisch ward indessen der Rheinbund von Bedeutung durch die Zerstörung der letzten Reste der alten Reichszeit, durch Vollendung der fürstlichen Souveränetät seiner Mitglieder, durch die mit ihm bewirkte territoriale Umwälzung, in welcher der mächtige Nachbar die Gebietstheile der schwächeren verschlang. Die reichsritterschaftlichen Gebiete verschwanden von der Karte, mit ihnen die Reichsstädte Frankfurt und Nürnberg, die Besitzungen des deutschen, des Johanniterordens und die Herrschaft von 72 reichsständischen Fürsten und Grafen. So ward das 1803 begonnene Werk der willkürlichen Einziehungen vollendet. Auch auf die inneren Staatsverhältnisse der einzelnen deutschen Länder wirkte die Rheinbundsperiode vielfach zerstörend in der Aufhebung ständischer Verfassungen, deren Fortbestand mit der fürstlichen Souveränetät als unverträglich erachtet ward oder doch Protest gegen das Geschehene befürchten ließ. Das Ergebniß der durch den Sturz Napoleons nothwendig gewordenen, auf dem Wiener Congreß bewirkten Neuordnung der deutschen Verhältnisse war nun

Zweitens der Deutsche Bund souveräner Fürsten und freier Städte. Hervorgegangen aus sehr verschiedenartigen Bestrebungen und aus einer rein äußerlichen und lockeren Verknüpfung widerstreitender Regierungsinteressen, zeigte er von Anfang die unversöhnliche Gegenüberstellung von Preußen und Oesterreich, der Mittel- und der Kleinstaaten. Wesentlich ein Werk österreichischer Ueberlegenheit auf dem diplomatischen Gebiete, ward die deutsche Bundesacte, zwanzig Artikel enthaltend, durch die Bevollmächtigten von 36 deutschen Regierungen (wozu später noch ein ferneres Mitglied hinzutrat) zu Wien am 8. Juni 1815 einzeln und zwei Tage darauf auch als Bestandtheil der Wiener Congreßacte unterzeichnet.

Zu einer festeren Abgeschlossenheit und Gestaltung gelangte der Deutsche Bund erst seit dem Jahre 1820 mit dem gemeinsamen Gegensatze aller Regierungen gegen diejenigen Bestrebungen des deutschen Volkes, welche sich auf eine freiheitliche und nationale Fortbildung der gegebenen Einrichtungen richteten. An die Stelle einer theils verheißenen, theils beabsichtigten Garantie allgemein ständischer Berechtigungen durch den Bund entstand eine Garantie fürstlicher Machtvollkommenheiten, die sich sogar gegen die von einzelnen Regierungen selbst ausgegangenen Staatsrechtsbildungen kehren konnte. Aus den Karlsbader Ministerialconferenzen (vom 6. bis 31. August 1819), bei welchen zehn deutsche Regierungen betheiligt waren, und den allgemeinen Wiener Conferenzen ging die Wiener Schlußacte vom 20. Mai 1820 hervor, welche als eine Ergänzung der Bundesacte von 1815 das zweite Grundgesetz des Deutschen Bundes darstellt, und 65 Artikel enthält. An diese beiden Bundesgrundgesetze sich anschließend, bildeten besondere Bundesbeschlüsse des in Frankfurt a. M. ständig versammelten Bundestages, auf Grundlage entweder einer einfachen Majorität oder in allen wichtigeren Fällen sogar der Einstimmigkeit die Quellen der öffentlichen Ordnung für ganz Deutschland.

Durch die Bewegung des Jahres 1848 überwältigt, ward der Bundestag durch gemeinsamen Beschluß seiner Mitglieder aufgehoben, um einer von ihm selbst als nothwendig

erklärten Neugestaltung der Dinge im bundesstaatlichen Sinne Platz zu machen. Die Bemühungen der am 18. Mai 1848 zusammengetretenen „constituirenden Nationalversammlung“ in Frankfurt, der am 28. Juni desselben Jahres gesetzlich geordneten Centralgewalt und der nach der Auflösung beider unmittelbar mit einander verhandelnden Regierungen Deutschlands scheiterten gleichmäßig an dem Widerstande unvereinbarer Regierungsinteressen und unversöhnlicher Parteimeinungen. Zwar kam eine deutsche Reichsverfassung zu Stande, welche am 28. März 1849 zum Abschluß gelangte und im Reichsgesetzblatte vom 28. April desselben Jahres verkündet ward, nachdem schon vorher deren auf die allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte bezüglichen Bestimmungen unter dem Titel der deutschen Grundrechte am 27. December 1848 als Gesetz verkündet worden waren. Diese wesentlich demokratisch geartete Verfassung ward indessen hinfällig, als am 28. April 1849 der König von Preußen die ihm angetragene erbliche Kaiserwürde ablehnte.

Von diesem Augenblicke begann eine Zeit der Wirren und fürstlichen Coalitionen, die einen inneren Krieg heraufbeschworen hätte, wenn nicht die österreichische Diplomatie, mit den süddeutschen Königreichen und dem Auslande verbündet, einen entschiedenen Sieg über die preußischen Reformbestrebungen davon getragen und die nach den vorangegangenen Ereignissen rechtswidrige Wiederherstellung des alten Bundesrechts durchgesetzt hätte. Als das Ergebniß dreijähriger innerer Kämpfe in Deutschland stellt sich heraus, daß der ehemalige Deutsche Bund wie im Jahre 1815 nun nochmals eine rein negative Basis seines Bestehens gewonnen an der Unmöglichkeit eine Uebereinstimmung der fürstlichen Cabinete hinsichtlich irgend welcher Verbesserung zu erreichen. Die hauptsächlichsten Reformversuche nach dem Scheitern der deutschen Reichsverfassung waren die folgenden:

a) Das preußische Unionsproject, beruhend auf dem s. g. Dreikönigsbündniß zwischen Preußen, Sachsen und Hannover vom 26. Mai 1849. Eine Trennung von Nord- und Süddeutschland war hierin von vornherein angedeutet. Als Weg zu einer Reform war vorgezeichnet: Festhaltung der wesentlichen in der deutschen Reichsverfassung von 1849 enthaltenen Bestimmungen, freie Vereinbarungen unter den deutschen Regierungen wegen ihres Beitrittes zu dem neu zu gründenden Bundesstaat, Beibehaltung des völkerrechtlich 1815 zu Oesterreich geschaffenen Verhältnisses in einem weiteren Bunde. Alles in allem genommen, war das Unionsproject somit ein Versuch, die als berechtigt anerkannten Forderungen einer neueren Zeit in ihrer Darstellung durch einen preußisch-deutschen Bundesstaat zu vereinigen mit dem alten Bundesrechte unter Annahme eines Dualismus in den wechselseitigen Beziehungen innerhalb Gesammtdeutschland.

Der von Preußen vorgelegte Entwurf und die dazu gehörige Additionalacte vom 26. Februar 1850 ward von dem am 20. März 1850 eröffneten Parlamente der deutschen Union zu Erfurt angenommen, nach einigen schwachen Versuchen der Verwirklichung indessen im November 1850 definitiv aufgegeben, als sich herausstellte daß Oesterreich und seine süddeutschen Verbündeten entschlossen waren, mit den Waffen in der Hand der Union entgegenzutreten.

b) Das mittelstaatliche Project, beruhend auf dem s. g. Münchener Entwurfe vom 27. Februar 1850: An Stelle einer bundesstaatlichen und einheitlichen Executive ein Directorium von sieben Mitgliedern, aus welchem die Kleinstaaten gänzlich verbannt bleiben sollten; Beschlußfassung im Directorium mit einfacher Stimmenmehrheit vorbehältlich der Fälle einer Verfassungsänderung; eine s. g. Nationalvertretung von 300 Mitgliedern nach dem Gedanken der Trias, welche je 100 Mitglieder aus den beiden Großmächten und der außer ihnen verbleibenden Staatsgruppe durch Delegationen aus den einzelnen Ständekammern berufen will; im wesentlichen damit übereinstimmend

waren Oesterreichs Bestrebungen unter der Voraussetzung, daß die Aufnahme seines gesammten außerdeutschen Besitzstandes in den Deutschen Bund zugestanden werden würde. Aus der Natur der Dinge folgte, daß Preußen und die Kleinstaaten einem solchen Projecte durchaus abgeneigt sein mußten.

c) Die freien Conferenzen in Dresden vereinbart durch die Olmützer Punctation vom 29. November 1858 unterzogen sich zwar noch der Erörterung etlicher im ganzen wenig bedeutender Verbesserungsvorschläge. Doch verdient gegenwärtig kein einziger derselben auch nur vorübergehende Erwähnung. Nach dreijährigem Interim war der alte Bund im Juni 1851 wiederum restaurirt. Ein Theil der alten, vor 1848 gefaßten Bundesbeschlüsse (die seit 1819 erlassenen s. g. Ausnahmegesetze) blieb indessen in Folge eines am 2. April 1848 gefaßten Beschlusses aufgehoben. Inzwischen wendete sich, kaum wiederhergestellt, die Bundesversammlung sehr bald von neuem gegen die freiere Verfassungsentwickelung der einzelnen deutschen Staaten, indem sie darauf Bedacht nahm, die vom Jahre 1848 und 1849 zurückgelassenen Spuren, die deutschen Grundrechte, die Preß- und Vereinsfreiheit wieder zu tilgen, und die Verfassungen einzelner Länder als bundeswidrig außer Kraft zu setzen.

Obwohl in Deuschland selbst wenig angefochten, gewann der Deutsche Bund dennoch sehr bald, namentlich im Hinblick auf die nach dem orientalischen Kriege und dem Emporkommen des französischen Kaiserthums völlig veränderte Lage der äußeren europäischen Verhältnisse die Ueberzeugung eines ihm innewohnenden Schwächezustandes. Mit dem Jahre 1861 ergriffen daher die Regierungen selbst vielfach die Initiative in mehrfachen Vorschlägen zur Verbesserung des alten Bundesrechts, wobei indessen die Parteistellungen im Verhältniß zu den Jahren 1815 und 1850 nur wenig verändert waren. Erwähnenswerth aus diesem letzten fünfjährigen Zeitraum von 1861 bis 1866 sind folgende Versuche und Anregungen:

1) Der sächsische Reformplan vom 15. October 1861, mit welchem die in Würzburg berathenden Mittelstaaten in ihren Anträgen vom 14. August 1862 im wesentlichen übereinstimmten, indem eine s. g. Delegirtenversammlung am Bunde zur Berathung allgemeiner Gesetzentwürfe verlangt wurde.

2) Das österreichische Reformproject vom 17. August 1863, berathen auf dem Frankfurter Fürstentage ohne Antheilnahme Preußens. Vielfach den Münchener Entwurf von 1850 wiedergebend, stellt dasselbe eine Verbindung der mittelstaatlich-österreichischen Interessen dar. Daher die Vertheilung der 300 Delegirten auf die drei Staatengruppen der Trias. Vorgeschlagen war: Bundesdirectorium, Bundesgericht und Bundesrath und eine von aller früheren Tradition abweichende „Fürstenversammlung"; Beschlußfassung im Directorium, bestehend aus Oesterreich, Preußen und Baiern und zwei anderen durch die Souveräne der drei gemischten Bundesarmeecorps gewählten Fürsten, und zwar mit Stimmenmehrheit unter österreichischem Vorsitz. Ferner: blos in demjenigen Falle Mehrheit der Stimmen, wo zu entscheiden sein würde, ob sich der Bund an einem Kriege betheiligen soll, der einen deutschen Staat bezüglich seiner außerdeutschen Besitzungen bedroht. Gegen diesen österreichischen Vorschlag erklärte sich Preußen am 22. September 1863 unter Andeutung seines eigenen Standpunktes, auf welchen es auch nach den schleswig-holsteinischen Zerwürfnissen im Frühling 1866 zurückging.

3) Das preußische Reformproject, welches in einem Antrage vom 9. April 1866 die Einberufung einer aus directen Wahlen und allgemeinem Stimmrecht hervorgegangenen Nationalvertretung vom Bundestage verlangte und vorzugsweise auf militärische Zusammensetzung der nationalen Streitkräfte und eine volle Gleichberechtigung der beiden Großmächte gerichtet war. Sehr bald veränderte sich indessen die Sachlage so weit, daß Preu-

ßen in der Circulardepesche vom 10. Juni, auf das Unionsproject von 1849 zurückkommend, die Stiftung eines neuen Bundesverhältnisses unter Ausschließung des österreichischen Kaiserstaates in Vorschlag brachte. Die Grundzüge dieses Vorschlages waren folgende: Gesetzgebende Gewalt des Bundestages und einer nach den Bestimmungen des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849 gewählten, periodisch zu berufenden Nationalvertretung, gemeinsames und einheitliches Zoll- und Handelsgebiet aller Bundesstaaten. Competenz des Bundes in Angelegenheiten des Verkehrs, der gemeinsamen wirthschaftlichen Interessen und des damit zusammenhängenden Rechtsschutzes. Zu Kriegserklärungen ist erforderlich die Zustimmung der Souveräne von mindestens zwei Drittheilen der Bevölkerung des Bundesgebietes. Einheitliche Kriegsmarine unter preußischem Oberbefehl; Zweitheilung des Oberbefehls für die deutsche Landarmee zwischen Preußen für den Norden und Baiern für den Süden.

Durch den Bundesbeschluß vom 14. Juni, welcher den Austritt Preußens aus dem Bundestag zur Folge hatte und die unmittelbar sich daran schließenden Ereignisse auf den böhmischen und süddeutschen Schlachtfeldern ward demnächst die Auflösung des Bundesverhältnisses definitiv herbeigeführt. Durch den Prager Frieden den 23. August erklärt Oesterreich sein Ausscheiden aus Deutschland. Am 24. August versammelten sich die Minderzahl der ehemals im Bundestag vertretenen Regierungen zum letztenmale in **Augsburg**, um die Auflösung förmlich zu constatiren.

(**Literatur**; Ueber die Geschichte der deutschen Bundesverhältnisse: **von Kaltenborn**, Geschichte der deutschen Bundesverhältnisse, Berlin 1857; **Ilse**, Geschichte der deutschen Bundesversammlung, 1860 (unvollendet); **G. v. Meyer**, Corpus Juris Confoederationis Germanicae, dritte von **Zöpfl** besorgte Ausgabe seit 1858.

Ferner a) für die Entstehung des Bundes als Hauptwerk: **Klüber's** Acten des Wiener Congresses. 2. Aufl. 1833; **Derselbe**, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses 1816; **L. C. Aegidi**, Die Schlußacte der Wiener Ministerial-Conferenzen zur Ausbildung und Befestigung des Deutschen Bundes, 1860.

b) Für die Reformversuche 1848 und die Restauration des Bundes: **C. Weil**, Quellen und Actenstücke zur deutschen Verfassungsgeschichte, 1850; **P. Roth** und **H. Merck**, Quellensammlung zum deutschen öffentlichen Recht, 1850—1852; Vier Monate auswärtiger Politik. Mit Urkunden, 1851; **Zachariä**, Die Rechtswidrigkeit der versuchten Reactivirung der im Jahre 1848 aufgehobenen deutschen Bundesversammlung, 1850.

c) Für das Ende des Deutschen Bundes: **H. Schulze**, Die Krisis des deutschen Staatsrechts im Jahre 1866 (Nachtrag zu dessen Einleitung in das deutsche Staatsrecht), Leipzig 1867; Die Urkunden in: **Aegidi** und **Klauhold**, Staatsarchiv (seit 1861).

§. 8. **Das ehemalige deutsche Bundesrecht.** Was die Geschichte in dem fünfzigjährigen Bestande des ehemaligen deutschen Bundesrechtes erwies, war übrigens schon in den Paragraphen der Bundesgrundgesetze selbst für diejenigen klar vorgezeichnet, welche wissen, daß ein dauernder Widerspruch einer veralteten und in sich selbst nicht entwickelungsfähigen Satzung gegen die Lebensbedingungen einer noch kräftigen oder gar fortschreitenden Nation unmöglich ist. Die wichtigsten Inhaltsbestimmungen der deutschen Bundesacte und der Wiener Schlußacte mögen daher an dieser Stelle kurz erwähnt werden, um das Verhältniß des jetzt bestehenden neuen Zustandes zu dem vorangegangenen vergleichungsweise zu erkennen.

1) **Zweckbestimmung** des alten Bundes war: Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten. Daher das Verbot der bewaffneten Selbsthülfe unter den deutschen Souveränen und die Ordnung eines schiedsrichterlichen **Austrägalverfahrens**; daher die Beilegung der völkerrechtlichen Persönlichkeit an den Bund und die wechselseitige Garantie des Landesterritoriums gegen das Ausland; daher im Zusammenhange mit der militärischen Aufgabe des Bundes die gemeinsame Unterhaltung von fünf **Bundes**-

festungen (Luxemburg, Mainz, Landau und später Ulm und Rastatt) und die Herstellung einer Bundeskriegsverfassung in den allgemeinsten Grundlagen einer nach dem Bevölkerungsverhältniß bemessenen Contingentsziffer, jedoch ohne Einheit der Heeresorganisation und ohne ständigen, auch im Frieden wirksamen Oberbefehl. Eine dem Bundestage untergeordnete Bundesfeldherrnschaft war erst für den Kriegsfall geordnet. Das ganze, übrigens nur auf den Landkrieg berechnete Vertheidigungswesen war, wie insbesondere von Preußen schon vor 1848 gerügt und durch die Erfahrungen auch von 1866 erwiesen, unsicher, unklar und zusammenhangslos, beruhend auf einer schroff durchgeführten politisch unhaltbaren, weil einer genügenden Vermittelung entbehrenden Unterscheidung der Friedens- und der Kriegsverhältnisse.

2) In dem territorialen Bestande: Die vollständige Zugehörigkeit weitaus der meisten Staaten zum Bunde, so daß diesen ein selbstständiges Kriegsrecht gegen das Ausland entzogen war. Daneben die Doppelstellung Preußens und Oesterreichs als deutscher und gleichzeitig wegen ihrer nicht zum Bunde gehörigen Besitzungen europäischer Mächte, welche ihnen erlaubte, den dänischen Krieg 1864 ohne Antheilnahme des Bundes zu führen, und jede Neutralität des Bundes bei nicht-deutschen Interessenfragen dieser Mächte von vornherein gefährdete. Endlich die theilweise Zugehörigkeit von Staaten, welche von Deutschland durchaus verschiedene Interessen ihrer ganzen Anlage nach zu verfolgen hatten (Holland wegen Luxemburg, Dänemark wegen Holstein und Lauenburg).

3) Als staatsrechtliche Voraussetzung: in den einzelnen Staaten die volle Souveränetät der zum Bunde gehörigen Mitglieder und deren Rechtsgleichheit. Die ursprüngliche, im Art. 6 der Bundesacte aufgeführte Ziffer der Mitglieder betrug 38; späterhin traten durch Aufnahme eines neuen Staates (Hessen-Homburg) und durch Absterben mehrerer Herrscherhäuser oder durch Cessionen Veränderungen ein. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit, im Widerspruch stehend, mit der thatsächlichen Vertheilung der Macht innerhalb des Staatenbundes war indessen nicht streng durchgeführt, wie

4) die Organisation der Bundesversammlung nachweist, welche in einen weiteren Rath (plenum) für Zwecke der Abstimmung in wichtigeren Fällen und in einen engeren Rath für Zwecke der Discussion und der Besorgung der laufenden Geschäfte, sowie aller dem Plenum nicht vorbehaltenen Sachen zerfiel. Die 69 ursprünglichen Stimmen des Plenum waren so vertheilt, daß jeder Staat mindestens eine derselben führte, größere und mittelgroße Staaten hingegen deren mehrere (höchstens vier) abzugeben hatten. Im engeren Rath hatten auch die Großmächte nur je eine Stimme; außer elf s. g. Virilstimmen bestanden indessen noch sechs die kleineren Staaten zusammenfassenden Curiatstimmen.

An die Stimmenvertheilung im Plenum knüpfte späterhin die norddeutsche Bundesverfassung an. Jedenfalls war die Gleichberechtigung der souveränen Staaten Deutschlands gewahrt in dem Erfordernisse der Einstimmigkeit für alle wichtigeren Bundesangelegenheiten. Nach den Bundesgrundgesetzen sind dies folgende:

Alle Gegenstände, die nur im Plenum entschieden werden (mit Ausnahme der Kriegserklärungen und Friedensschlüsse), Religionsangelegenheiten, Abänderung von Rechten und Pflichten eines Bundesgliedes, Veränderung des Besitzstandes, Abtretung von Bundesgebiet an auswärtige, nicht verbündete Fürsten, Fortführung einer Stimme im Plenum nach erbrechtlichem Anfall des Territoriums an einen andern Fürsten, alle jura singulorum und folglich auch die Auferlegung besonderer Lasten für Bundeszwecke, Abänderung der Bundesgrundgesetze und bestehender s. g. organischer Einrichtungen.

In dem letzteren Umstande war der Grund zu erkennen, aus welchem jede durchgreifende Verbesserung der Bundeszustände bei dem von Anfang an gegebenen Gegensatze der Interessen als eine factische Unmöglichkeit zu bezeichnen war.

5) Das Verhältniß des Bundes zu den einzelnen Regierungen und deren Unterthanen war im allgemeinen ziemlich unbestimmt gelassen. Nur in folgenden Punkten konnte eine Intervention von Bundes wegen stattfinden: bezüglich der Mediatisirten und der ihnen garantirten Rechte; bezüglich der von der Wiener Schlußacte garantirten Machtfülle der fürstlichen Gewalt, wovon späterhin noch die Rede sein wird; bezüglich der etwa von innen ausgehenden Bedrohungen der Sicherheit des Bundes, woraus sich die Bundesbeschlüsse über Presse und Vereinswesen und andere Dinge ergeben; bezüglich der den Unterthanen rechtswidrig verweigerten Rechtshülfe.

Da die Einzelheiten des alten Bundesrechts, insbesondere die Vorschriften über die Geschäftsbehandlung, über die Execution und das Austrägalverfahren jedes Interesse für die Gegenwart verloren haben, genügen die von uns wiedergegebenen Grundzüge, um die bezeichnenden Merkmale des im Jahre 1866 beseitigten Zustandes erkennbar werden zu lassen.

(**Literatur**: Jordan, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, 1831; Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes überhaupt und der Bundesstaaten. 4. Aufl. 1840. Außerdem die Lehrbücher des deutschen Staatsrechts; am ausführlichsten: Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts. 5. Aufl. 1863. Th. I. S. 270 ff.)

§. 9. Die Begründung des Norddeutschen Bundes. Im Artikel 2 des Prager Friedens erkennt der Kaiser von Oesterreich nicht nur die Auflösung des ehemaligen Deutschen Bundes an, sondern er ertheilt auch seine Zustimmung zu einer anderweitigen, ohne Oesterreich zu bewirkenden Gestaltung der deutschen Staatsverhältnisse. Hierbei ist ein Unterschied gezogen zwischen den Staaten nördlich vom Main, bei welchen ein engeres Bundesverhältniß mit Preußen im voraus anerkannt wird und den süddeutschen Staaten, welche „in einen Verein treten können, dessen nationale Verbindung mit dem Norddeutschen Bunde der näheren Verständigung zwischen beiden vorbehalten bleibt."

Diese nationale Verbindung wurde sofort bei Beendigung des Krieges in den Bündnißverträgen, welche für einen Kriegsfall dem König von Preußen den Oberbefehl übertragen und späterhin durch die Reconstruction des deutschen Zollvereins in Verbindung mit der Herstellung eines Zollparlamentes vorläufig eingeleitet, wobei es juristisch zweifelhaft und bestritten ist, ob das Verhältniß der süd- und norddeutschen Staaten zu einander schon gegenwärtig als dasjenige eines Staatenbundes angesehen werden kann. Richtiger erscheint uns die Verneinung dieser Frage.

Das Zustandekommen des Norddeutschen Bundes beruht auf mehrfachen Grundlagen thatsächlicher und rechtlicher Art: auf Eroberung bezüglich der ehemals selbstständigen, 1866 in Preußen einverleibten Staatstheile; auf freiwilligen Bündnißverträgen zwischen Preußen und der Mehrzahl der norddeutschen Regierungen vom 18. August 1866 (mit Mecklenburg unter einigen Vorbehalten vom 21. August); auf Friedensschlüssen mit denjenigen norddeutschen Staaten, welche sich am Kriege gegen Preußen betheiligt hatten (Rheinhessen wegen seiner nördlich vom Main belegenen Gebietstheile, Meiningen, Reuß ä. L. und Königreich Sachsen); auf der Mitwirkung eines mit berathender Stimme gewählten norddeutschen Reichstags und endlich der Genehmigung der Einzellandtage norddeutscher Staaten, soweit dieselbe erforderlich war.

Die norddeutsche Bundesverfassung vom 24. Juni 1867, in Gültigkeit seit dem 1. Juli desselben Jahres war vorbereitet worden durch Conferenzen der Bevollmächtigten

norddeutscher Regierungen, welche in Berlin vom 15. December 1866 bis zum 7. Februar 1867 versammelt waren und den von Preußen vorgelegten Entwurf ihrer Prüfung unterzogen.

Am 24. Februar 1867 ward der erste Reichstag des Norddeutschen Bundes eröffnet, durch welchen der von den verbündeten Regierungen vorgelegte Entwurf in vielen Punkten erhebliche Abänderungen erfuhr, deren größter Theil sich auf eine Erweiterung der dem Reichstag einzuräumenden Befugnisse oder auf eine Ausdehnung der der Bundesgesetzgebung zu gewährenden Competenz bezog. Schließlich ward der Entwurf, nachdem einige wenige von dem Reichstage geforderte Abänderungen entweder zurückgewiesen oder doch erheblich abgeschwächt worden waren, in der Endabstimmung des Reichstages mit 230 gegen 53 Stimmen, von den Bundesregierungen einstimmig angenommen. Am 17. April schloß der König von Preußen den Reichstag. In dem kurz darauf einberufenen preußischen Landtage ertheilte das Abgeordnetenhaus seine Zustimmung mit 226 gegen 93 Stimmen, das Herrenhaus einstimmig.

Die norddeutsche Bundesverfassung enthält 79 Artikel, von denen ein Theil sich auf einen Uebergangszustand bezieht. Dahin gehört der Art. 60 bezüglich der Friedenspräsenzstärke des Bundesheeres, welche bis zum 31. December 1871 auf ein Procent der Bevölkerung von 1867 normirt wird, der Art. 62 bezüglich der Ausgabenbewilligung des Reichstages im Militäretat, des Art. 71 und andere. Auch eine territoriale Erweiterung des Bundes ist ins Auge gefaßt. Nach dem letzten Artikel (79) kann der Eintritt der süddeutschen Staaten auf den Vorschlag des Bundespräsidii im Wege der Bundesgesetzgebung beschlossen werden. Andere Verfassungsveränderungen erforderten im Bundesrathe eine Mehrheit von zwei Dritteln, wenn sie im Wege der Gesetzgebung beschlossen werden.

(**Literatur:** Die Verfassung des Norddeutschen Bundes. Mit Hinweisung auf die stenographischen Protocolle der darüber im Reichstag des Norddeutschen Bundes stattgefundenen Berathungen und alphabetischem Sachregister. Herausgegeben von Dr. Metzel, Berlin 1867; Die Verfassung des Norddeutschen Bundes, erläutert mit Hülfe und unter vollständiger Mittheilung ihrer Entstehungsgeschichte von E. Hiersemenzel, Berlin, 1867. Die auf die Bundesgesetzgebung bezüglichen Urkunden enthält G. Hirth, Annalen des Norddeutschen Bundes seit 1868; ferner A. Koller, Archiv des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins, Jahrbuch für Staatsverwaltungsrecht und Diplomatie des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins, 1868).

§. 10. Die Norddeutsche Bundesverfassung. Aus der nachfolgenden Darstellung wird sich ergeben, daß sich der Norddeutsche Bund unter keine der bisher in der Lehre von den Staatsverbindungen begriffsmäßig abgezweigten Formen einreihen läßt, sondern eine von den theoretischen Aufstellungen abweichende, eigenthümliche Staatsgestaltung darstellt.

Mitglieder des Norddeutschen Bundes sind 22 Staaten, deren Verhältnisse im einzelnen höchst verschieden sind nach der völkerrechtlich anerkannten Rangstufe der Souveräne (zwei Könige, fünf Großherzöge, fünf Herzöge, sieben Fürsten und drei freie Städte), nach dem Größenraum der Territorien (in einem Abstande von $6393{,}_{33}$ □Meilen für Preußen und beispielsweise 8 □Meilen für Schaumburg Lippe), nach den Verfassungsformen und dem Verfassungsrecht der einzelnen Bundesstaaten und endlich nach der Zugehörigkeit der Gebiete zum Bunde, welche bei dem Großherzogthum Hessen nur eine theilweise ist. In diesem letzteren Umstande liegt die einzige Erinnerung an die ehemaligen Deutschen Bundeszustände und ihre dualistische Trennung der Staatsgebiete. Von den ehemals norddeutschen Ländern sind Limburg und Luxemburg aus dem nationalen Verbande ausgeschieden.

Die Mitgliedschaft im Bunde ist verpflichtend, freiwilliges Ausscheiden unzulässig.

Die dem Bundesverhältniß vorgezeichneten Zweckbestimmungen lassen sich auf drei Gesichtspunkte zurückführen: Schutz des Bundesgebietes gegen Verletzungen (der nationale Machtzweck), Aufrechterhaltung des innerhalb desselben geltenden Rechtes (der Rechtzweck) und Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes (der Culturzweck). Aus diesen im einzelnen näher bestimmten Zwecken ergibt sich, soweit sie nur durch gemeinschaftliche Anstalten erreichbar erscheinen, die Unterordnung der einzelnen Landesregierungen unter die Bundeseinrichtungen.

Das Verhältniß der einzelnen Bundesmitglieder zu einander ist wesentlich abweichend von dem vorangegangenen Zustande gestaltet. Auch hier sind drei Bestimmungen zu unterscheiden. Erstens nämlich das Verhältniß relativer Gleichheit in der Volksvertretung, indem die Bevölkerungsziffer, abgesehen von der Ausnahme, welche auch kleinsten Staaten unbedingt einen Vertreter zubilligt, über die Anzahl der in den Reichstag zu entsendenden Mitglieder entscheidet. Zweitens das Verhältniß relativer Ungleichheit zum Nachtheile Preußens, insofern als dasselbe trotz seiner Größe im Bundesrath sich in der Minorität befindet. Und endlich drittens das Verhältniß der relativen Ungleichheit zum Vortheile Preußens, insofern eine Unterordnung unter das Bundespräsidium in gewissen denselben ein für allemal zur selbstständigen Leitung überwiesenen Angelegenheiten stattfindet (z. B. Heerwesen und Diplomatie).

Beginnen wir mit dem Bundesrathe, welcher die Vertretung der einzelnen Landesregierungen nach Analogie des im Plenum der ehemaligen Frankfurter Plenarversammlung maßgebend gewesenen Stimmverhältnisses darstellt. Weitaus die meisten Regierungen führen nur eine einzige Stimme, zwei Regierungen je zwei, Sachsen vier und Preußen 17, so daß sich eine Gesammtziffer von 43 ergibt, von denen somit Preußen über ein Drittel innehat. Hieraus ergibt sich, daß die im Bundesrath erforderliche Stimmenmehrheit von zwei Dritteln bei etwa beantragten Verfassungsveränderungen niemals gegen den Willen Preußens gebildet werden kann. Auf der andern Seite bedarf Preußen nur einer Verstärkung von fünf weiteren Stimmen, um die einfache Majorität für seine Vorschläge im Bundesrathe zu erlangen. Bei Stimmengleichheit gibt die Präsidialstimme den Ausschlag. Der Bundesrath übt legislative und executive Functionen zugleich, indem er sowohl in der Gesetzgebung eine den ersten Kammern analoge Stellung einnimmt, als auch die Ausführung, Vorbereitung und Leitung der dem Bunde obliegenden Verwaltungsgeschäfte besorgt. Sieben dauernde Ausschüsse, welche theils durch Ernennung von Seiten des Bundespräsidiums, theils durch Wahl des Bundesrathes zusammengesetzt werden, theilen mit einander die wichtigsten Geschäfte, deren Behandlung, Vorbereitung oder Fortführung im Bundesrathe selbst unzweckmäßig oder für den Fall, daß der Bundesrath nicht versammelt ist, erforderlich erscheint. Die Gegenstände der Geschäftsvertheilung sind: Landheer und Festungen, Seewesen, Zoll- und Steuerwesen, Handel und Verkehr, Eisenbahnen, Posten und Telegraphie, Justizwesen und Rechnungswesen. Es erhellt hieraus, daß Gegenstand und Zahl der für die Ausschüsse bezeichneten Geschäftskreise etwa mit den höchsten Verwaltungsstellen, den Ministerien eines Großstaates zusammenfällt.

Der Norddeutsche Reichstag, welcher niemals getrennt vom Bundesrath durch das Bundespräsidium berufen werden kann und jährlich mindestens einmal berufen werden muß, geht aus allgemeinen, directen und geheimen Wahlen hervor und stellt die einheitliche Volksvertretung am Bunde dar. Die Rechte, welche er in seiner Gesammtheit, den Bundesregierungen gegenüber ausübt, sind gleicherweise wie die besonderen, den einzelnen Reichstagsmitgliedern zustehenden persönlichen Rechte im wesentlichen nach dem

preußischen Verfassungsrechte bemessen. Doch sind insoweit nicht unerhebliche Abweichungen gegeben, als das Recht der Ministeranklage gegenüber der Executive gänzlich fehlt, als das Recht der Ausgabenbewilligungen einigen Beschränkungen in Beziehung auf den militärischen Aufwand unterliegt, und als den Mitgliedern des Reichstags keine Tagegelder von den Regierungen gezahlt werden dürfen. Zwar bedürfen die vom Bundespräsidium ausgehenden Regierungsacte der Gegenzeichnung des Bundeskanzlers, welcher damit die Verantwortlichkeit übernehmen soll; doch ist damit keine Anklagebefugniß gegen ihn zu begründen.

Unter allen Beamten des Bundes nimmt der Kanzler die erste Stelle ein. Von der Präsidialmacht ernannt, führt er den Vorsitz im Bundesrathe. Abweichend von dem früher durch die Regierungen aufgestellten Reformprojecte ist die der Krone Preußen unter dem Titel des Bundespräsidii gegebene Machtstellung, welche im Verhältniß zu den einzelnen Staaten des Norddeutschen Bundes eine stärkere ist, als sie jemals dem deutschen Kaiserthum zugestanden hatte. Das Präsidialrecht der preußischen Krone schließt Rechte in sich, welche in höherem oder geringerem Maße durch die Mitwirkung anderer Factoren beschränkt sind. Mit Rücksicht hierauf sind sie dreifacher Art:

1) solche, welche nur mit Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages ausgeübt werden können, wohin namentlich die Gesetzgebungsrechte gehören, speciell die Publication der Gesetze;

2) solche, welche mit Zustimmung des Bundesrathes allein ausgeübt werden, wohin im allgemeinen die Competenz der Bundesverwaltung zu rechnen ist und

3) solche, welche die Krone Preußen vollkommen selbstständig im Namen des Bundes ausübt.

Hierher gehören das Repräsentationsrecht im Krieg und Frieden, Kriegserklärung und Friedensschluß, die Berufung des Reichstages und des Bundesrathes, welche letztere jedoch geschehen muß, wenn ein Drittel der Bundesrathsstimmen es verlangt, das Oberaufsichtsrecht über die Ausführung der Bundesgesetze, die Ernennung, Vereidigung und Entlassung der Bundesbeamten, die Execution gegen Bundesregierungen wegen versäumter Erfüllung von Bundespflichten ohne jede Mitwirkung des Bundesrathes, wenn es sich um militärische Leistungen handelt und Gefahr im Verzuge ist. Auch darin zeigt sich die Ueberlegenheit der preußischen Machtstellung, daß dem Präsidium ein Veto eingeräumt ist gegen Veränderungen in der Gesetzgebung über Militärwesen und Kriegsmarine (Art. 5), in der Gesetzgebung über Zoll- und Handelswesen, bei Handels- und Schiffahrts-Verträgen, sowie auch bei den zur Ausführung der gemeinschaftlichen Gesetzgebung dienenden, im Bundesrath zu beschließenden Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen (Art. 37). Als wichtigste Präsidialrechte erscheinen unzweifelhaft der Oberbefehl über die Streitkräfte des Bundes in Krieg und Frieden, zu Lande und zur See, und das Gesandtschaftswesen für den Bund, obwohl den deutschen Einzelstaaten für ihre eigenen Angelegenheiten ein Gesandtschaftsrecht mit einer bisher noch nicht fest bestimmten Abgrenzung gegen die Bundesangelegenheiten belassen worden ist. Eine einheitliche, in allen erheblichen Stücken gleichmäßig durchgeführte Heeresverfassung, welche der ehemalige Deutsche Bund sich vergebens zu begründen bemühte, erlangte der Norddeutsche Bund im Verlauf eines Jahres nach seiner Stiftung in der Annahme des gesammten preußischen Heerwesens, des Gesetzes vom 9. Nov. 1867 betreffend die Verpflichtung zum Kriegsdienst und der Königlichen Verordnung vom 7. November 1867 betreffend die Einführung der preußischen Militärgesetzgebung im Norddeutschen Bunde. Die Gegenstände der gesetzgebenden Gewalt, an welcher es dem ehemaligen Deutschen Bunde durchaus gebrach, sind in dem Art. 4 der Bundesverfassung aufgezählt. Der Verfügung der einzelnen Staaten sind dieselben damit

keineswegs von vornherein entzogen, sondern erst soweit, als durch den Bund darüber beschlossen worden ist. Denn völlig selbstverständlich gehen die Bundesgesetze den Landesgesetzen voran, so daß bei eintretenden Widersprüchen die letzteren von selbst außer Kraft treten müssen.

Eine theoretisch sichere und auf jeden vorkommenden Fall anwendbare Abgrenzung der der Bundesgesetzgebung zuzuweisenden von den dem Landesstaatsrecht vorzubehaltenden Angelegenheiten ist nirgends zu geben. Für die dem Norddeutschen Bunde verwandten Conföderationen hat sich niemals ein unabänderliches Princip der Grenzregulirung aufstellen lassen. Bald überwiegt die Idee des Gemeinsamen, bald die Vorliebe für das Besondere in den verfassungsgebenden Gewalten oder den ihr Werk ergänzenden Nachtragsgesetzen. Für den Norddeutschen Bund sind namentlich die Erfahrungen und die Nachtheile bestimmend geworden, welche sich gerade in Deutschland aus dem Zustande der Zersplitterung und wechselseitiger dynastischer Eifersucht als dem Gemeinwohle entgegenstehend erwiesen hatten. Der Art. 4 der Bundesverfassung zählt die der Bundesgesetzgebung vorbehaltenen Gegenstände unter fünfzehn Rubriken auf. Dieselben regeln sich aus den bereits früher hervorgehobenen Zweckbestimmungen des Bundes als Consequenzen. Sie beruhen daher entweder 1) auf dem Gesichtspunkte der nationalen Einheit und Sicherheit, oder auf der völkerrechtlichen Stellung des Norddeutschen Bundes nach außen: folglich das Kriegswesen zu Lande und zur See, womit die handelspolitischen Angelegenheiten und das Finanzwesen des Bundes, Bundessteuern, Anleihen und der Bundescredit, die consularen Institutionen im Zusammenhang stehen. Oder: 2) Auf der Pflege des materiellen Gemeinwohls, vornehmlich der national-ökonomischen Interessen und des wirthschaftlichen Verkehrs, welche ihre Basis findet in der Anerkennung eines Norddeutschen Bundesindigenats. In engster Verbindung damit: Eisenbahnwesen und Straßenbau im Gesammtinteresse, Flößerei und Schiffahrtsbetrieb auf den mehreren Staaten gemeinschaftlichen Stromstrecken, das Post- und Telegraphenwesen, das Bankwesen und die Emission von Papiergeld, Maß-, Münz- und Gewichtssystem, endlich die Abwehr gemeingefährlicher Beschädigungen von Person und Eigenthum durch Maßregeln der Medicinal- und Veterinärpolizei. Oder endlich 3) auf der wirksamen Handhabung des Rechtsschutzes, welcher durch einheitliche Gesetzgebung zu garantiren ist. Materien der Bundesgesetzgebung sind deswegen aus diesem Gesichtspunkte der Einheit: das Obligationen-, Handels- und Wechselrecht, das Strafrecht und der Proceß, die Vollstreckbarkeit der in einem anderen Bundesstaate ergangenen Erkenntnisse, die Erledigung der gerichtlichen Requisitionen, die Beglaubigung öffentlicher Urkunden. Theils auf dem wirthschaftlich-politischen Grunde, theils auf der dem Einzelrechte gegen administrative Willkür zu gewährenden Schutze beruhen schließlich noch folgende Materien: Die Ordnung der Erwerb und Verlust des Staatsbürgerrechts betreffenden Normen, Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse, Paßwesen, Fremdenpolizei, Versicherungswesen, Auswanderung und Colonisation.

Während die Herstellung der Rechtseinheit durch Begründung umfassender Codificationen der längeren Vorbereitung naturgemäß bedarf und daher in der kürzeren Zeit seit der Herstellung des Norddeutschen Bundes höchstens eingeleitet werden konnte, hat sich die Bundesgesetzgebung bisher im Verlaufe zweier Jahre außerordentlich thätig und erfolgreich auf dem zweiten der von uns bezeichneten Gebiete erwiesen. Mindestens gilt dies Anerkenntniß überall nach der negativen Seite, wo die leichtere Arbeit zu vollziehen war, die in der Beseitigung alter und hemmender, dem Verkehrsbedürfniß widersprechender Schranken bestand. Von den wichtigeren Bundesgesetzen sind zu erwähnen, diejenigen bezüglich des Paßwesens vom 12. October 1867; betreffend die Nationalität der Kauf-

fahrteischiffe vom 25. October 1867; über Freizügigkeit vom 1. November 1867; über das Postwesen des Norddeutschen Bundes vom 2. November 1867; über die Organisation der Bundesconsulate vom 8. November 1867; betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867. Aus dem Jahre 1868 verzeichnen wir nachstehende Gesetzgebungsacte: über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung vom 4. Mai; die Aufhebung der Schuldhaft vom 29. Mai; die Schließung der öffentlichen Spielbanken vom 1. Juli, die privatrechtliche Stellung der Wirthschafts- und Erwerbsgenossenschaften vom 4. Juli; den Betrieb stehender Gewerbe vom 8. Juli; die Maß- und Gewichtsordnung vom 17. August.

Aus der oben gegebenen Skizze der der Bundesgesetzgebung unterliegenden Gegenstände und der bereits von Bundes wegen geordneten Materien ergibt sich, daß der Auslegung des Art. 4 sehr viel überlassen bleiben muß. Ob der Bund in einem bestimmt gegebenen Fall competent ist gegenüber den Landesregierungen läßt sich jedenfalls aus dem Wortlaute der Verfassung allein nicht entnehmen; es wird in Zukunft vielmehr wesentlich darauf ankommen, von den bestimmt bezeichneten Zwecken der Bundesgemeinschaft ausgehend, zu prüfen: inwiefern die vom Bund bereits festgestellten Rechtsgrundsätze durch die in den einzelnen Staaten fortbestehenden Einrichtungen in ihrer Durchführung und Geltung beeinträchtigt werden. Sieht man von der Gewährleistung bestimmter politischer Grundrechte für die Bürger der einzelnen Bundesstaaten, welche bei der Berathung der Verfassung entgegen den darauf gerichteten Anträgen abgelehnt wurde, ab, so wird es wenige Angelegenheiten geben, welche sich der Einwirkung und Beeinflussung vom Bunde aus völlig und unbedingt zu entziehen vermögen. Um dies durch ein Beispiel anschaulich zu machen, genüge der Hinweis auf das Schulwesen, welches sicherlich der freien Verfügung der einzelnen Landesregierungen unterstellt bleiben sollte. In dem Zusammenhange aber der mittleren und gelehrten Schulen mit dem Vorzugsrechte des einjährigen freiwilligen Heerdienstes ist auch hier eine wenigstens mittelbare Einwirkung und Beaufsichtigung der Bundesbehörden gegeben.

Eine Schilderung des in den einzelnen Bundesgesetzen gegebenen Inhalts liegt außerhalb unserer Aufgabe. Nicht zu umgehen ist aber wegen der verfassungspolitischen Seite ein Hinweis auf die Zoll- und Handelsangelegenheiten. Der Norddeutsche Bund bildet ein einheitliches Zoll- und Handelsgebiet, dessen Einkünfte zur Bundeskasse vereinnahmt werden. Innere Zollschranken dürfen nicht errichtet werden. Ausgenommen von dem einheitlichen Gebiete sind, nachdem Lübeck seinen Eintritt bewirkt hat, die beiden Hansestädte Bremen und Hamburg, sofern sie nicht selbst ihre Aufnahme beantragen.

Andererseits hängt das Großherzogthum Luxemburg noch durch das lockere Band des Zollvereins mit Deutschland zusammen, ohne indessen an der Reorganisation Theil zu haben, welche der Zollverein durch die am 8. Juli 1867 mit den süddeutschen Staaten geschlossenen Verträge empfing. Durch den Hinzutritt süddeutscher Abgeordneten zum Norddeutschen Reichstage erweitert sich derselbe zum Zollparlament, der Bundesrath zum Zollbundesrath (mit 58 Stimmen, von denen Baiern sechs führt). So ergibt sich denn gegen früher die wesentliche Veränderung, daß der Zollbund der nord- und süddeutschen Staaten mit einem Gesetzgebungsrechte ausgestattet ist, in welchem die Majorität über etwaige Veränderungen entscheidet, während im alten Zollverein jede einzelne Stimme eines souveränen Staates über etwa nothwendig oder wünschenswerthe Abänderungen nach dem Grundsatz der vollen Gleichberechtigung als völkerrechtlicher Contrahent entschied, so daß bei jeder Gelegenheit der Fortbestand oder doch die Fortentwickelung des Zollvereins in Frage gestellt werden konnte. Allerdings ist auch gegenwärtig der Zollbund

beschränkt durch die Annahme einer Zeitfrist seines Bestehens bis zum 31. December 1877. Innerhalb dieser Zeit können sich aber neue Bedürfnisse und die als nothwendig anerkannten Verbesserungen ungehindert realisiren. Der Verfügung des Zollbundes unterliegen das gesammte Zollwesen und die Verbrauchssteuern von fünf einheimischen Erzeugnissen: Zucker, Branntwein, Salz, Bier und Taback.

Die aus den Zöllen hervorgehenden, auf die Staaten des Norddeutschen Bundes fallenden Einkünfte fließen sofort als eine verfassungsmäßig geordnete Finanzquelle in die Kasse des Norddeutschen Bundes. Dasselbe gilt von den Einnahmen aus der Post und der Telegraphie, aus den etwa zu beschließenden Bundessteuern und den vom Bunde aufzunehmenden Anleihen, deren erste für Zwecke der Kriegsmarine bestimmt wurde. Als Haupteinnahme des Bundes erscheint freilich der von den einzelnen Regierungen an den Bund abzuführende Matricularbeitrag, welcher bezüglich jedes nach der Bevölkerungsziffer zu stellenden Heerpflichtigen in der stehenden Armee mit einem festen Beitrage von jährlich 225 Thlrn. in der Bundesverfassung selbst festgesetzt worden ist.

Um das vom Norddeutschen Bunde in großen Umrissen entworfene Bild zu vervollständigen, ist auch der Bundesstreit- und Justizsachen zu gedenken. Von Hause aus bleibt die Rechtspflege den einzelnen Staaten überlassen. In gewissen Angelegenheiten indessen findet eine Einwirkung des Bundes statt. Zunächst nämlich liegt es in der Verpflichtung der Landesgerichte, thätliche oder wörtliche, die Bundesverfassungsbehörden oder Bundesbeamten verletzende Angriffe nach den die Behörden u. s. w. des einzelnen Staates schützenden criminalrechtlichen Bestimmungen zu bestrafen, was in gleicher Weise auch von hoch- und landesverrätherischen Angriffen gegen den Bund so lange gelten soll, bis dem zum höchsten Gerichtshofe designirten Oberappellationsgericht in Lübeck an einer bestimmten processualischen Norm ein Wegweiser für das Verfahren geboten sein wird.

Außerdem können noch in Betracht kommen: 1) Streitigkeiten zwischen den Bundesstaaten. Sind dieselben nicht privatrechtlicher Natur, so entscheidet auf Anrufung des einen Theiles der Bundesrath. 2) Verfassungsstreitigkeiten zwischen einer Regierung und deren Unterthanen. Nach vorangegangenem Versuche gütlicher Ausgleichung erfolgt die Erledigung im Wege der Bundesgesetzgebung, vorausgesetzt, daß nach dem betreffenden Landesstaatsrecht nicht eine zur Entscheidung solcher Streitigkeiten competente Behörde im voraus bestimmt ist. 3) Justizverweigerungen durch einen Bundesstaat, vorausgesetzt, daß auf gesetzlichen Wegen keine Abhülfe erlangt werden kann. Derartige Beschwerden wegen verweigerter oder gehemmter Rechtspflege kann der Bundesrath annehmen und, wenn sie sowohl thatsächlich erwiesen sind, als nach positivem Recht des dabei betheiligten Bundesstaates begründet erscheinen, durch geeignete Einwirkung auf die beschuldigte Regierung beseitigen. Schon nach der Wiener Schlußacte konnte der ehemalige Deutsche Bund unter gleichartigen Voraussetzungen Beschwerden annehmen (Art. 29). Dagegen fehlt es hier wie dort an einer Bestimmung, wie und wo die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Bundes in Civilstreitigkeiten vor Gericht zu agiren hat. Ihren Abschluß wird die Bundesjustizverfassung erst in der Einrichtung eines höchsten Gerichtshofes erhalten. Schon im gegenwärtigen Augenblicke ist für Handels- und Wechselsachen eine gemeinsame höchste Instanz in Aussicht genommen und damit eine Verfassungsveränderung von größter Bedeutung in Vollzug gebracht. So viel vom Norddeutschen Bunde. Ein Rückblick auf die wichtigsten Grundsätze der Bundesverfassung belehrt uns, daß dieselbe zwar auf einer festen Zusammenfügung äußerlicher Machtmittel beruht, allein der formalen Sicherheit in der Wirksamkeit ihrer nicht militärischen Elemente noch entbehrt. Sie befindet sich noch im Stadium des Wachsthums und einer noch flüssigen Entwickelung. Die Möglichkeit, Verbesserungen zu bewirken und sie mit veränderten

Thatsachen in Einklang zu bringen, ist überall gewahrt, der Zukunft hinreichende Freiheit gelassen, ihre gerechten Ansprüche durchzusetzen. Die Vorwürfe, welche ihr von verschiedenen Seiten gemacht werden, beruhen wesentlich auf dem Mangel an Uebereinstimmung mit denjenigen Grundsätzen, welche man theoretisch als unentbehrlich für den Bundesstaat zu erachten pflegte. Den Einen zu locker, weil sie den Bundesfürsten zu viele Rechte, z. B. das Gesandtschaftsrecht, gewährleiste, ohne die politischen Grundrechte der Staatsbürger in einem mindesten Maße gegen willkürliche Verletzungen sicher zu stellen, erscheint sie Anderen zu straff in der militärischen Concentration unter der einheitlichen Leitung Preußens, zu sehr auf den Einheitsstaat angelegt und die Besorgniß zu starker Centralisation rechtfertigend. Als noch unfertige, der Ausbildung bedürftige Anlagen in der Bundesverfassung dürfen bezeichnet werden: die Unsicherheit der finanzpolitischen Einrichtungen, begründet theils in der engbegrenzten Competenz des Zollbundes, welche auf einem an sich unhaltbaren Versuche der Trennung des Zollwesens von den allgemein staatlichen Angelegenheiten beruht, theils in dem Mangel einer wirksamen Verantwortlichkeit der höchsten Bundesbehörden; die Unsicherheit der Bundesverwaltung, welche ohne genügende Trennung verschiedener Verwaltungszweige und ohne Vorhandensein einer persönlichen Trägerschaft in einzelnen Bundesministerien im Bundeskanzleramte gleichsam eilig zusammengerafft ist; die Unsicherheit der Grenzlinien zwischen diesem letzteren Verwaltungsorgane und den höchsten preußischen Verwaltungsstellen; der Mangel eines höchsten Gerichtshofes nicht nur zur Wahrung der Einheit auf den Gebieten gemeinsamer Gesetzgebung, sondern auch zur Aufrechterhaltung der Gleichmäßigkeit in der Anwendung der öffentlich rechtlichen Normen des Bundes gegenüber der bereits hinreichend erwiesenen Mannichfaltigkeit der Auslegungen in den einzelnen Bundesstaaten.

(**Literatur.** Ueber das Norddeutsche Bundesrecht ist zu vergleichen: G. Meyer, Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts, Leipzig 1868, und F. v. Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes, Leipzig 1868. Friedenthal, Reichstag und Zollparlament, I, Berlin 1869.)

§. 11. Das Landesstaatsrecht in Deutschland. Die Bundesacte vom Jahre 1815 hatte in ihrem dreizehnten Artikel bestimmt, daß in allen deutschen Staaten eine landständische Verfassung stattfinden werde, ohne indessen eine Nöthigung festzusetzen, dieser Verordnung innerhalb einer bestimmten Frist zu genügen. Die kleinen und mittleren Staaten, durch die Vorgänge zu Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts gewarnt und vor Mediatisirung besorgt, suchten indessen nach und nach ihren Bestand durch Befriedigung der von ihren Angehörigen aufgestellten Rechtsforderungen und durch ein schnelleres Entgegenkommen gegen die Vorschrift der Bundesacte zu sichern. Im allgemeinen machte die verfassungsrechtliche Entwickelung der deutschen Staaten seit 1815 in Deutschland nur äußerst langsame und sehr geringe Fortschritte. Sie blieb von fremdartigen, dem nationalen Leben feindlichen Elementen beherrscht. Einerseits waren die deutschen Staaten den Stößen und Gegenstößen ausgesetzt, welche von Westen die revolutionären Volkserhebungen in Frankreich, von Osten die heilige Alliance oder das Vorwiegen der russischen Politik gegen Deutschland ausführte. Andererseits versuchte auch der Bund selbst eine gemeinsame Kräftigung des volksthümlichen Lebens durch freiheitliche Institutionen als seinem eigenen Bestande gefährlich abzuweisen. Deswegen ist die Geschichte der deutschen Landesverfassungen gekennzeichnet durch das starke Hervortreten einzelner kritischer Jahre, in denen entweder die Nachwirkung der französischen Revolutionen oder die gegentheilige Strömung der Rückschrittsbewegung hervortritt. Solche abschnittbildende Jahreszahlen sind 1820 (Wiener Schlußacte), 1830 (Julirevolution), 1848 (Februarrevolution), 1851 (Restauration des Bundes). In der ersten Periode bis

zum Jahre 1820 wurden von dreizehn deutschen Regierungen neue Verfassungen eingerichtet, welche sich entweder an die altlandständischen Ueberlieferungen (wie in den mitteldeutschen Staaten) anschlossen oder dem französisch constitutionellen Systeme (wie in den süddeutschen Staaten) näherten. Da alle diese Verfassungen im Verlaufe der Zeiten und unter dem Einflusse der von uns verzeichneten kritischen Jahre erhebliche Veränderungen erfahren, ist eine Beschreibung ihres ursprünglichen Inhalts lediglich von historischem Interesse. Nur die Jahreszahlen mögen daher hier verzeichnet werden. Aus dem Jahre 1814: Nassau; aus dem Jahre 1816: Schaumburg-Lippe (dessen neueste Verfassungsordnung vom 17. November 1868 datirt); Waldeck (durch Accessionsvertrag vom 18. Juli 1867 unter preußische Verwaltung gestellt); Weimar (vom 5. Mai); 1818: Hildburghausen (nach seiner Vereinigung mit Meiningen in gemeinschaftlicher Verfassung vom Jahre 1829 stehend) und Lichtenstein; 1819: Hannover und 1820: Braunschweig. Zur zweiten Klasse der constitutionellen Verfassungen zählen: Baiern (26. Mai 1818), Baden (22. August und 23. December 1818), Würtemberg (25. September 1819) und Darmstadt (17. März 1820).

Der die weitere Entwickelung der deutschen Verfassungen hemmende Einfluß der Wiener Schlußacte trat wesentlich in folgenden Punkten hervor: Die anerkannte Wirksamkeit habenden landständischen Verfassungen können nur auf verfassungsmäßigem Wege (d. h. unter Zustimmung der damals Privilegirten) wieder abgeändert werden (Art. 56); die gesammte Staatsgewalt muß in dem Oberhaupt des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden (Art. 57); die Bundesfürsten dürfen durch landständische Verfassungen in der Erfüllung ihrer bundesmäßigen Verpflichtungen nicht gehindert oder beschränkt werden (Art. 58); die Oeffentlichkeit landständischer Verfassungen ist im Interesse der Ruhe des einzelnen Bundesstaates und des gesammten Deutschlands zu überwachen. Das Unbestimmte, Dehnbare und Unsichere dieser Satzungen begünstigte eine dem dynastischen Absolutismus in jedem einzelnen Falle sich anpassende Auslegung, dergestalt daß diese Bestimmungen den Vorwand darboten, um durch den Bund feierlich übernommene Verpflichtungen und beschworene Verheißungen des Landesfürsten hinterher durch Interventionen rückgängig zu machen.

Einen erneuten Anstoß bot erst die Julirevolution, von welcher die beiden Großmächte allerdings unberührt blieben. Ohne derjenigen Staaten, die seitdem ihre Selbstständigkeit verloren haben, zu gedenken, ist zu erwähnen, daß das Königreich Sachsen am 4. September, das Herzogthum Altenburg am 29. April des folgenden Jahres eine Verfassungsurkunde erhielten. Nach der Vertreibung des Herzogs Karl entstand die braunschweigische Landschaftsordnung vom 12. October 1833. Auch Schwarzburg-Sondershausen (24. September 1841) und Luxemburg (12. October 1841) unterwarfen sich einer staatsrechtlichen Neuordnung. Von besonderem historischen und politischen Gewichte war indessen die kurhessische Verfassung vom 5. Januar 1831. Sie spielte in der Restauration des Bundes und in den Verwickelungen, welche sich späterhin daraus ergaben, eine verhängnißvolle Rolle.

Radical war der Umschwung des Jahres 1848 zu nennen. Zum erstenmale trat der Gedanke der deutschen Einheit in engste Gemeinschaft mit der alle Staaten, auch die deutschen Großmächte, ergreifenden Bewegung, deren Ziel kein anderes war, als: Herstellung einer demokratischen Grundlage des Verfassungslebens, völlige Aufhebung der Stände, allgemeine Gleichheit vor dem Gesetze, weiteste Feststellung staatsbürgerlicher Grundrechte, insbesondere der Preßfreiheit und des Vereinsrechtes, Befreiung des Grundeigenthums von allen wirthschaftlichen und feudalen Schranken, soweit sich solche erhalten

hatten, u. s. w. Keine der 1848 und 1849 entstandenen Verfassungen bewahrte indessen den Stempel ihres Ursprungs; wo die Landesregierungen nach dem Verlaufen der revolutionären Fluth nicht aus eigener Machtvollkommenheit die Consequenzen der demokratischen Principien vernichteten, griff der Bund ein, indem er, außer seiner Einwirkung gegen die Grundrechte, noch durch besondere Beschlüsse aus dem Jahre 1854 gegen Presse und Vereinsrecht einschritt. Fast überall ergingen daher einseitige, formal und meistentheils auch materiell rechtswidrige Verordnungen der Landesherren zur Beseitigung der 1848 und 1849 geschaffenen Zustände. Am wenigsten verändert ward der bairische Verfassungszustand, der durch wichtige Gesetze vom 4. Juni 1848 über die ständische Initiative und die Ministerverantwortlichkeit ergänzt ward. Nur die im wesentlichen bleibenden Neugestaltungen, welche die Februarrevolution zur Folge hatte, seien hier verzeichnet: In Coburg-Gotha ward die alte coburgische Verfassung vom 8. August 1821 und das gothaische Grundgesetz vom Jahre 1849 in einem gemeinschaftlichen Grundgesetz vom 3. Mai 1852 (mit Sonderlandtagen) verschmolzen; in Oldenburg, wo vor 1848 gar keine Landstände bestanden, blieb das revidirte Staatsgrundgesetz vom 22. November 1852; ferner in Reuß jüngerer Linie das revidirte Staatsgrundgesetz vom 14. April 1852; während Reuß älterer Linie unterm 28. März 1867 seine Verfassung in einer neuen Urkunde umgestaltete. Sehr durchgreifende Restaurationen, meistentheils zu Gunsten des ständischen Princips, vollzogen sich: in Mecklenburg 1850; in Anhalt (s. g. Gesammtlandschaft von 1859) und Schwarzburg-Sondershausen (Verfassung von 1857) und Schwarzburg-Rudolstadt (1854). Auch die freien Städte gestalteten ihre alten Zustände wesentlich anders: Lübeck 1851, Bremen 1854 und Hamburg 1860.

Ueber Oesterreich ist in Kürze Folgendes zu bemerken. Dem Umschwung des Jahres 1848 folgte sehr bald eine vollständige Restauration der absoluten kaiserlichen Gewalt, deren Macht durch die Beseitigung der alten ungarischen Verfassung und die völlige Niederwerfung der nationalen Bewegung Italiens in einem alles umfassenden Centralismus erheblich gesteigert wurde. In eben derselben Thatsache des österreichischen Centralismus lag die Unmöglichkeit der Vereinigung mit der deutschen Einheitsentwickelung, selbst wenn jener historische Antagonismus gegen die jüngere deutsche Großmacht in Norddeutschland nicht vorhanden gewesen wäre. Erst das Mißgeschick auf den italienischen und böhmischen Schlachtfeldern führte zu einem nochmaligen Bruche mit dem Absolutismus und einer Wiederherstellung der ungarischen Verfassung, so daß nunmehr der Kaiserstaat in eine östliche und westliche Reichshälfte zerfällt. Gegen diesen Dualismus reagirt die Tendenz weiterer Selbstständigkeit in den einzelnen Kronländern unter dem Namen des Föderalismus wie auch des momentan wenig bedeutenden Centralismus, dessen Hauptstärke bisher in den deutschen Provinzen lag. Die wichtigsten Daten der neueren Verfassungsentwickelung sind: Das Octoberdiplom (20. October 1860), föderalistisch gehalten, das Februarpatent (26. Februar 1861), centralistische Richtung, das Septembermanifest (20. September 1865), betreffend die Sistirung der Februarverfassung, endlich die Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867.

Die vorangegangene Darstellung ergibt, daß der Complex der deutschen Staaten ein innerlich sehr verschieden geartetes Verfassungsrecht aufzuweisen hat. Auf der einen Seite stehen einander gegenüber republikanisch und monarchisch regierte Staaten, wobei unzweifelhaft die letztere Gruppe vielfach auf die Regierungsweise der ersteren eingewirkt hat. Auf der anderen Seite sind unter den Monarchien sehr verschieden gestaltete Gruppen nachweisbar: wesentlich von den neueren Entwickelungen unberührt zunächst die altlandständischen, auf dem Grundgedanken der Patrimonialität beruhenden Gemeinwesen wie Lauenburg (Landesreceß vom 15. September 1702 und Patent vom 20. December

1853) und **Mecklenburg** (landesgrundgesetzlicher Erbvergleich vom 18. April 1755 und Patentverordnung vom 28. November 1817, über rechtliche Erledigung der Streitigkeiten zwischen Landesherren und Landständen); sodann diejenigen Staaten, in welchen die alte ständische Gliederung wenigstens als Classenvertretung auf den Landtagen conservirt wurde, was bei manchen Kleinstaaten der Fall, oder endlich die Gruppe solcher Staaten, deren Verfassung unter dem Einflusse der in Frankreich oder Belgien geltenden Institutionen des constitutionellen Staatsrechts entstand.

(**Literatur.** Zu vergleichen, außer den historischen Werken, welche die neuere deutsche Geschichte seit 1815 behandeln: v. Kaltenborn, Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht (1863), S. 289. — Schulze, System des deutschen Staatsrechts (1865), S. 342. — Zöpfl, Grundsätze des deutschen Staatsrechts, II, S. 341, 416. — Zachariä, Deutsches Staatsrecht, I, §. 51, 123. Gesammelt sind die deutschen Verfassungsurkunden für die ältere Zeit bei Pölitz, Europäische Verf., 2. Aufl. 1832 (fortgesetzt von Bülau) und bis zur neuesten Zeit fortgeführt bei Zachariä, Die deutschen Verfassungsgesetze, 1855 (nebst Fortsetzungen 1858 ff.). Die wichtigsten systematischen Bearbeitungen des Landesstaatsrechts sind: Pözl, Baierisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1860. — Derselbe, Grundriß zu Vorlesungen über baierisches Verwaltungsrecht, 1850. Mohl, Würtembergisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1840. K. E. Weiß, System des Verfassungsrechts des Großherzogthums Hessen, 1837. Helmsdorf, Die Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen mit den sie erläuternden Bestimmungen zusammengestellt, 1837. Ueber die auf das deutsche Landesstaatsrecht bezüglichen Monographien s. R. von Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 1855, Bd. II, S. 333 ff. — Ueber die Streitfrage des mecklenburgischen Verfassungsrechtes: Dr. Julius Wiggers, Das Verfassungsrecht im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin, 1860. — Derselbe, Die Mecklenburgische Verfassungsfrage, Denkschrift, dem Norddeutschen Reichstag vorgelegt, Rostock 1869.)

---

§. 12. **Die preußische Verfassung.** Von großer Wichtigkeit unter den deutschen Verfassungsgesetzen ist dasjenige Preußens, als des größten deutschen Staates, dessen hervorragende und bis zu einem gewissen Maße herrschende Stellung im Norddeutschen Bunde ihr einen besonderen Einfluß sichert. Durch die höchsten Verwaltungsstellen und die Krone selbst mit der Leitung des Norddeutschen Bundes verwachsen, muß ihr Inhalt nothwendigerweise auch auf das Landesstaatsrecht der übrigen norddeutschen Monarchien einwirken. Es bleibt jedenfalls fraglich, ob so weit abliegende Gegensätze, wie sie sich beispielshalber in der mecklenburgischen Staatsordnung und der preußischen Verfassung darstellen, längere Zeit hindurch in dem Norddeutschen Bundesstaate werden unvermittelt nebeneinander bestehen können.

Die Geschichte der preußischen Verfassungsentwickelung ist in der Kürze die folgende. Den Ausgangspunkt der neueren Periode bildete unzweifelhaft für die staatsbürgerlichen Grundrechte des Einzelnen das preußische Landrecht von 1794, für die öffentliche Rechtsordnung die **Stein-Hardenbergsche Gesetzgebung**, die nach tiefem Falle das Staatswesen von Grund aus erneuernd, gleichsam die organischen Einrichtungen zuerst schuf, welche demnächst ihren politischen Abschluß in einer Gesammtverfassung hätten finden müssen. Am 22. Mai 1815, in Zeiten einer durch die Rückkehr Napoleons heraufbeschworenen Gefahr und unmittelbar vor dem Abschluß der Deutschen Bundesacte, erging die königliche Verheißung einer reichsständischen Verfassung, deren durch den Einfluß der Wiener Schlußacte gehemmte Erfüllung indessen sowohl unter Friedrich Wilhelm III., als unter der Regierung seines Nachfolgers vor 1847 vergebens erwartet wurde. Die Verordnung vom 5. Juni 1823 brachte nur **Provinzialstände** ohne entscheidende Mitwirkung an der Feststellung des Staatshaushalts und der Gesetzgebung. Als eine Erfüllung jener königlichen Zusage vom Jahre 1815 war die Schöpfung des **vereinigten** Landtages durch Patent vom 3. Februar 1847 gemeint, doch keineswegs anerkannt. Ohne Periodicität in der Berufung, ohne Gesetzgebungsrechte oder eine über die Bewilligung

neu einzuführender Steuern und Anleihen hinausreichende Befugniß auf dem Gebiete der Finanzen, entsprach derselbe auch nicht bescheidenen Anforderungen, wenn man auch von der ständischen Grundlage derselben gänzlich absehen wollte, welche durch acht am 21. Juni 1842 publicirte Verordnungen durch Herstellung von Ausschüssen aus den Landtagen der einzelnen Provinzen vorbereitet worden war. Vor der Bewegung des Jahres 1848 erwies sich der vereinigte Landtag unhaltbar. Am 21. März erging in einem Aufruf an das preußische und deutsche Volk die Zusicherung „wahrer constitutioneller Verfassungen mit Verantwortlichkeit der Minister in allen einzelnen Staaten und einer wahrhaft volksthümlichen, freisinnigen Verwaltung". Am 22. Mai trat, auf Grundlage indirecter allgemeiner Wahlen (nach dem Gesetz vom 8. April) berufen, die Nationalversammlung in Berlin zusammen, „um die künftige Staatsverfassung mit der Krone festzustellen". Der von der Krone vorgelegte Entwurf derselben datirt vom 20. Mai. Da demselben ein Gegenentwurf (vom 26. Juli) aus dem Schooße der Versammlung als Grundlage der Berathung vorgezogen ward und eine Vereinbarung mit der Krone aussichtslos erschien, ward die Versammlung nach einem Verlegungs- und Vertagungsversuche durch königliche Verordnung vom 5. December 1848 aufgelöst. Unter dem gleichen Tage wurde eine Verfassungsurkunde octroyirt, welche auf dem Wege der Gesetzgebung einer Revision durch die nach dem ebenfalls octroyirten Gesetze vom 6. December 1848 gewählten Kammern unterworfen werden sollte. Auch die octroyirte Verfassung hatte sich in allen wesentlichen Stücken die demokratischen Principien des Jahres 1848 angeeignet; die erste Kammer war eine Wahlkammer. Schon im Revisionsstadium (seit dem Zusammentritt der Kammern am 26. Februar 1849) ward indessen der gewaltsame Bruch mit dem eben sanctionirten Princip vollzogen, indem nach geschehener Auflösung der zweiten Kammer die noch gegenwärtig für die Landtagswahlen geltende, in ihrem Ursprung unzweifelhaft rechtswidrige Verordnung vom 30. Mai 1849 erlassen ward, durch welche das nach Steuerstufen eingerichtete Dreiclassenwahlsystem eingeführt ward. Aus weiterer Revision nach der Neuwahl einer zweiten Kammer ging demnächst die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 hervor, welche am 6. Februar von dem Könige, den Ministern und den Volksvertretern feierlich beschworen ward.

Um ihren Inhalt zu veranschaulichen, zeichnen wir die Aufeinanderfolge ihrer Hauptabschnitte in elf Titeln: Vom Staatsgebiete (Art. 1—2), von den Rechten der Preußen (bis Art. 42), vom Könige (bis Art. 59), von den Ministern (bis Art. 61), von den Kammern (bis Art. 85), von der richterlichen Gewalt (bis Art. 97), von den nicht zum Richterstand gehörigen Staatsbeamten (bis Art 98), von den Finanzen (bis Art. 104), von den Gemeinde-, Kreis-, Bezirks- und Provinzialverbänden (bis Art. 105), allgemeine Bestimmungen (bis Art. 111), Uebergangsbestimmungen (bis Art. 119). Vielfach dem belgischen Muster folgend, gewährte die preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 der freien politischen Bewegung (vielleicht von sehr wenigen Bestimmungen abgesehen) ausreichenden Raum. Ihre Principien geriethen indessen sehr bald in Widerstreit mit der zur Herrschaft gelangten Rückschrittsbewegung, wurden von dieser offen und schonungslos angegriffen und entweder geradezu beseitigt oder doch durchgehends abgeschwächt. Eine Anzahl von wichtigen Verfassungsartikeln verschwand, andere wurden in einer ihrer Entstehungsgeschichte geradezu zuwiderlaufenden Art ausgelegt oder gehandhabt, der größere Theil nur als eine Verheißung auf unbestimmte Zeit ohne jede Vermittelung mit der Staatsverwaltung beibehalten. Die wichtigsten unter diesen späteren Aenderungen sind die folgenden: Die Abänderungen der Bestimmungen über die Geschworenengerichte bei den schwersten politischen Verbrechen (Art. 94 und 95, durch Gesetz vom 21. Mai 1852), die Wiedereinführung der Fideicommisse (Art. 40 und 41, durch Gesetz vom 5. Juni

1852), die Bildung des Herrenhauses an Stelle der ersten Wahlkammer (Gesetz vom 7. Mai 1853 und die ihrem Rechtscharakter nach angezweifelte königliche Verordnung vom 12. October 1854, betreffend das Herrenhaus), die Aufhebung des die Gemeinden und Localverbände betreffenden Art. 105 (durch Gesetz vom 24. Mai 1853), die Wiederherstellung der Vorrechte der Mediatisirten (Gesetz vom 10. Juni 1854), die Wiedergestattung der Uebertragung anderer besoldeter Staatsämter an den Richter (Gesetz vom 30. April 1856). Aus den angeführten Jahreszahlen ist ersichtlich, daß diese Revisionen der Periode vor 1855 angehören. Das Bedürfniß weiterer Abänderungen war befriedigt, indem man im Herrenhaus im Anschluß an altständische Ueberlieferungen eine Körperschaft geschaffen hatte, von welcher mit völliger Gewißheit anzunehmen war, daß sie im entschiedensten Gegensatze zu den im Jahre 1850 bei der Emanation der Verfassungsurkunde anerkannt gewesenen Grundsätzen stehen würde. Der Fortbestand dieser Verfassungsurkunde im großen und ganzen schien längere Zeit hindurch zweifelhaft; eine weitere Abänderung einzelner Bestimmungen den ihr feindlich gesonnenen Elementen kaum wichtig genug. Im großen und ganzen befindet sich das preußische Verfassungsrecht also noch in einem höchst unfertigen Zustande. Die organische Gesetzgebung blieb seit 1850 im Stillstande, Veraltetes, wie die ehemaligen Kreisstände, ward im Widerspruche zu den Grundgedanken der Verfassung restaurirt, Streitiges, wie das Verhältniß der evangelischen Kirche zur Staatsgewalt, die Ordnung der Volksschule, verharrte im Zustande des Zweifels und der Anfechtungen. Auch entstand dadurch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts sehr bald eine allgemein wahrnehmbare Unsicherheit, daß das Verhältniß der alten (im Widerspruch mit der Verfassungsurkunde) Specialgesetze durch den höchsten Gerichtshof zu verschiedenen Zeiten verschieden ausgelegt wurde, indem anfangs mehrfach Aufhebung, später Fortbestand solcher der absoluten Periode angehörigen Gesetze statuirt ward. Jeder Auslegung durch die Parteimeinungen und die Interessen der Verwaltung bloßgestellt, entbehrt die Verfassung auch der Garantie einer in der Ministerverantwortlichkeit gesicherten Entscheidung der verfassungsrechtlichen Streitpunkte. Im Princip zwar anerkannt, gelangte sie bisher nicht zu der nothwendigen Ordnung und Ausführung.

Die Anerkennung dieses im wesentlichen auch unvollendeten Zustandes des preußischen Verfassungsrechts ist keineswegs nur von Wichtigkeit für die etwa in der Politik zu befolgenden Grundsätze. Auch die juristische Theorie ist davon abhängig in um so größerem Maße, als sich auch das Norddeutsche Bundesrecht noch in einem Uebergangszustande befindet. Eine fest zusammengefügte, abgerundete und von consequenten Principien beherrschte Lehre des *positiven deutschen* Staatsrechts wird erst dann eine Macht im Leben entfalten können, wenn sie einen Anschluß zu finden vermag an der gleichmäßigen Vollendung eines in seinen Grundbestimmungen unerschütterlichen, in den erheblichen Consequenzen der organischen Gesetzgebung und der Staatsverwaltung durchgeführten Verfassungszustandes. Bis jetzt konnte es aus den von uns historisch dargelegten Gründen nicht anders geschehen, als daß *jede* Darstellung des Staatsrechts ohne Ausnahme gleichzeitig als die Darstellung politischer Gesichtspunkte und einer mit den Parteibestrebungen verwachsenen Anempfehlung angesehen wurde. Daher denn das Vertrauen in den *juristischen* Werth der Rechtslehren vorzugsweise bedingt war von der entweder bekannten oder doch vermutheten Zugehörigkeit der lehrenden Personen zu der einen oder anderen der in den verfassungsgebenden Gewalten vorhandenen Richtungen.

Diese Schwierigkeiten offen und rückhaltslos darlegend, wenden wir uns nunmehr zu den nur im Umriß zu bietenden Inhaltsbestimmungen des deutschen Verfassungsrechts, wobei sich aus äußeren Gründen eine besondere Berücksichtigung der in der preußischen Verfassungsurkunde niedergelegten Grundsätze empfiehlt. Für die bessere Uebersicht des

Zusammengehörigen wählen wir die Aufstellung in fünf Abtheilungen: 1. die staatsbürgerlichen Grundrechte; 2. das monarchische Recht; 3. die Volksvertretungen; 4. Gemeinde und Corporation; 5. das Staatsbeamtenthum.

(**Literatur.** Für das preußische Verfassungsrecht ist noch immer ein Werk ohne Nebenbuhlerschaft: L. von Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 2 Bde, zweite Aufl. 1864 (die dritte ist gegenwärtig im Erscheinen begriffen); für die ältere Zeit: Heinrich Simon, Das Preußische Staatsrecht, 2 Bde, 1844. — v. Lancizoller, Rechtsquellen für die gegenwärtige landständische Verfassung in Preußen, 1847.)

II. Die staatsbürgerlichen Grundrechte.

§. 13. Staatsbürgerliche Grundrechte und Grundpflichten. Die Aufstellung bestimmter staatsbürgerlicher Grundrechte in den neueren Verfassungsurkunden, als einer Schranke für die Wirksamkeit der Staatsgewalt entstammt den im vorigen Jahrhundert herrschend gewordenen Anschauungen, die ihrerseits aus der Annahme eines ideellen Naturrechtszustandes hervorgingen und in den „Menschenrechten" der französischen Revolution ihren Gipfelpunkt erreichten. Die neuere Staatsanschauung leitet indessen diese Rechte nicht aus einer unhistorischen, absoluten Qualität der menschlichen Einzelperson, sondern vielmehr aus den Zweckbestimmungen der Staatsgesammtheit selbst her, deren sittliche Natur erst dann in das Bewußtsein des Einzelnen eintritt, wenn die Freiheit des Einzelnen innerhalb des ihm zuzuweisenden Gebietes rechtlich sichergestellt ist gegen willkürliche Eingriffe der Staatsmacht. Um der Gesammtheit willen sind diese Rechte gegeben, was deswegen hervorzuheben ist, damit sie nicht auf eine und dieselbe Stufe mit bloßen Privatrechtsbefugnissen gestellt werden.

Voraussetzung für den Genuß der staatsbürgerlichen Grundrechte ist im allgemeinen, da Fremde und Ausländer nur privatrechtlich den Einheimischen vollkommen gleichgestellt zu sein pflegen, der Erwerb des Staatsbürgerrechts, welcher entweder durch die natürliche Thatsache der Geburt und der Uebertragung des elterlichen Rechts sei es des Vaters in der Ehe, sei es der Mutter bei unehelicher Zeugung oder durch Verleihung an Ausländer (Einbürgerung, Naturalisation) vermittelt wird. Die Bedingungen der Naturalisation, über deren Vorhandensein entweder die höchste Staatsgewalt, oder untergeordnete Verwaltungsstellen (in Preußen die Regierungscollegien), oder die Gerichte (wie in amerikanischen Staaten) zu befinden haben, sind überall verschieden geordnet, theils dem Ausländer günstiger, theils die Aufnahme erschwerend. Zuweilen ist der Erwerb des Staatsbürgerrechts im voraus durch das Gesetz an eine bestimmte, von der Willkür des Ausländers abhängige Handlung als selbstverständliche Rechtsfolge geknüpft, z. B. die Verheirathung mit einem Inländer oder die Annahme eines Staatsamtes. (In Preußen bisher das Gesetz vom 31. December 1842 über Erwerb und Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan.) Ebenso versteht es sich für den Genuß der staatsbürgerlichen Rechte von selbst, daß die Eigenschaft eines Unterthanen nicht hinterher verloren gegangen sein darf. Auch in Beziehung auf diesen Punkt bestehen erhebliche, für die völkerrechtlichen Beziehungen sehr nachtheilige Abweichungen in der positiven Ordnung der einzelnen Staaten. Einseitig kann nach deutschem Staatsrechte die Staatsangehörigkeit durch den Unterthanen, es sei denn etwa als Folge verbotener Handlungen oder unerlaubten Aufenthaltes im Auslande, nicht aufgehoben werden. Zum Zwecke der Auswanderung begehrt, darf indessen die Entlassung aus dem staatsbürgerlichen Verbande nicht verweigert werden, wenn nicht eine Verpflichtung zum Heerdienst im Wege steht; welche indessen bei Reservisten nach dem Bundesmilitärgesetz von Norddeutschland nicht mehr angenommen wird.

Mit der Beschränkung der staatsbürgerlichen Rechte auf die Unterthanen steht in Verbindung als überall ergänzender Gedanke die Leistung der allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten, insbesondere die jetzt in ganz Deutschland eingeführte allgemeine Wehrpflicht, die allgemeine Schulpflichtigkeit für den elementaren Unterricht, die allgemeine Steuerpflicht und die Gerichtspflichtigkeit, welche letztere indessen auch auf ansässige, theilweise sogar durchreisende Fremde erstreckt werden kann, um so mehr als ihnen ebenfalls Schutz für Person und Eigenthum verliehen wird. Die genauere Bestimmung der den Fremden zukommenden Rechte und Pflichten, ihre Annäherung oder Fernhaltung von dem Rechtskreise der Einheimischen ist übrigens keine Sache der Willkür. Wenn auch zunächst das Gesetzgebungsrecht jedes einzelnen Staates hier waltet, so hat das Völkerrecht doch eine Schutzwehr gegen Maßlosigkeiten oder zu weit gehende Beschränkungen erhalten. Schon die deutsche Bundesacte gewährleistete den Angehörigen der ehemaligen Bundesstaaten den Erwerb von Grundeigenthum ohne Rücksichtnahme auf ihre Zugehörigkeit zu einer oder der anderen der drei reichsrechtlich anerkannten Religionsparteien; Staatspraxis und Gewohnheit der neueren Zeit geben indessen diesen Erwerb ganz allgemein frei.

§. 14. Gleichheit vor dem Gesetz und persönliche Freiheit. Unter den berechtigten und verpflichteten Staatsbürgern darf nach den seit 1848 geltenden Grundgesetzen keinerlei Unterscheidung und Ungleichheit in Beziehung auf das Maß der ihnen individuell zustehenden Befugnisse aufgestellt werden. In der preußischen Verfassungsurkunde, welche die alten Stände und die politischen Unterschiede der Geburt aufhebt, ist der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze sanctionirt, woraus sich als einfache Consequenz ergab: Die Aufhebung der Gerichtsprivilegien, der eximirten Gerichtsstände, von denen allgemein nur drei: bezüglich der Militärpersonen, der Mediatisirten und der Studirenden, bestehen blieben, die gleiche Zugänglichkeit der Staatsämter für alle Befähigte und die Unzulässigkeit der Ertheilung von Steuerprivilegien. Wo die Stände sich erhalten haben, sind selbstverständlich diese Grundsätze ausgeschlossen. Dagegen wäre es irrig, aus der Gleichheit der Staatsbürger vor dem Gesetze auch die Nothwendigkeit des allgemeinen gleichen Stimmrechts theoretisch herleiten zu wollen. Schon in der Stellung der Frauen zeigt sich, daß bei der Zusammensetzung der Volksvertretungen ein anderes Princip aufzusuchen ist; denn während ihnen die staatsbürgerlichen Grundrechte im allgemeinen (z. B. Gewissens- und Auswanderungsfreiheit) überall zustehen, begründet der Unterschied des Geschlechtes bis jetzt ganz allgemein Ausschließung vom Wahlrechte, beziehungsweise Zuerkennung desselben. Außerdem gibt es aber noch gegenwärtig eine überall in Deutschland im Widerspruche zur Rechtsgleichheit bevorrechtete und auf allen Gebieten privilegirte Classe: die Mediatisirten, deren Vorzugsrechte zur Entschädigung für die ihnen entzogenen Souveränetätsrechte durch die Bundesacte garantirt wurden, und auch nach deren Aufhebung als gemeines Recht in Deutschland bestehen blieben. Solcher zum hohen Adel gezählten Familien gab es in Deutschland (einschließlich der österreichischen Landestheile) fünfzig mit fürstlichem und dreiundfünfzig mit gräflichem Titel.

Unter den staatsbürgerlichen Grundrechten steht in erster Linie: die Anerkennung der persönlichen Freiheit in dem Sinne, daß selbige nicht willkürlichen, von den Verwaltungsbehörden beliebig zu handhabenden, sondern nur gesetzlich im voraus bestimmten Beschränkungen unterworfen werden darf. Nach ihrem Inhalt historisch gewürdigt, bedeutet daher die persönliche Freiheit entweder Erweiterung der dem Einzelnen zustehenden öffentlichen Rechtsbefugnisse oder engere Begrenzung der von den Verwaltungsbehörden gegen den Einzelnen zu übenden Machtvollkommenheiten, oder, was meistentheils der Fall ist, beides zugleich. Daß die allgemeine Vorbedingung der öffentlichen Freiheits-

rechte in der Aufhebung der persönlichen Unterwerfung unter die Verfügung anderer Privatpersonen, in der Beseitigung der Leibeigenschaft und Gutsunterthänigkeit längst gegeben waren, ehe Deutschland seine neueren Verfassungsurkunden erhielt, ist bekannt. Aus dem Princip der persönlichen Freiheit sind mit Nothwendigkeit folgende Anwendungen abzuleiten: a) der Schutz gegen willkürliche Verhaftungen zum Zwecke der gerichtlichen Voruntersuchung wegen strafbarer Handlungen oder gegen rücksichtslose Haussuchungen, die s. g. Unverletzlichkeit der Person oder des Hauses, welche in den neueren Strafproceßordnungen oder in besonderen Specialgesetzen, s. g. Habeas-Corpus-Acten näher geordnet wird.

(In Preußen Gesetz vom 12. Februar 1850 zum Schutze der persönlichen Freiheit. Eine vergleichende Darstellung gibt: P. Sundelin, Die Habeas-Corpus-Acten und Vorschriften zum Schutze der Person in den deutschen Strafproceßgesetzen, 1862.)

b) Der Schutz gegen willkürliche Strafandrohung oder Strafverhängung, welche beide nur in Gemäßheit des Gesetzes geschehen sollen. c) Der Schutz gegen willkürliche Unterstellung unter die Gerichte, vermittelt durch die Garantie des ordentlichen gesetzlichen Gerichtsstandes und das Verbot commissarischer Ernennung von Richtern. d) Die Freiheit der Meinungsäußerungen in ihren Hauptanwendungen, als Preßfreiheit, als Versammlungs- und Vereinsrecht, als Religionsfreiheit und als Lehrfreiheit.

§. 15. Preßfreiheit und Versammlungsrecht. Was die Preßfreiheit betrifft, so ist zwar die Censur, welche vor 1848 bestand, nach ihrer Abschaffung nirgends wieder eingeführt worden. Allein jene weiteste Ausdehnung, welche ihr durch die deutschen Grundrechte gegeben worden war, indem man ein neues, auf die Schwurgerichte basirtes Repressivsystem angeordnet hatte, ist nirgends unversehrt geblieben. Fast überall sind vorbeugende Maßregeln gegen den Mißbrauch der Presse gestattet: daher die Verpflichtung zur Hinterlegung von Exemplaren vor der Herausgabe zur Vorprüfung durch die Behörden, die Bestellung von Cautionen für politische Zeitschriften, die Concessionspflichtigkeit der Druck- oder Preßgewerbe oder des Zeitungsverkaufes, die Befugniß administrativer Beschlagnahme wegen eines von der Polizeibehörde präsumirten Preßvergehens und endlich die Vermehrung der auf den Mißbrauch der Presse bezüglichen, meistentheils höchst vagen und aus unklarer Furcht der Regierungen hervorgegangenen Strafbestimmungen. Diese eben hervorgehobenen Merkmale treffen auch das preußische Preßgesetz vom 12. Mai 1851, an dessen Satzungen sich auch die Beseitigung des Schwurgerichts anschloß. In einzelnen Staaten, wie in Baiern, erhielt sich jedoch trotz der im Jahre 1854 gefaßten Bundesbeschlüsse das Schwurgericht für die Aburtheilung der Preßprocesse und neuerdings hat man auch anderwärts begonnen (wie in Baden, Meiningen, Altenburg, Oesterreich u. s. w.), die Grenzen der Preßfreiheit wiederum zu erweitern.

(Für Preußen s. Hartmann, Das Gesetz über die Presse, Berlin 1865. Ferner: Glaser und John, Juristentags-Gutachten über die Frage: Fordert es die nothwendige Freiheit der Presse und genügt es der Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit, daß bei den mittelst der Presse verübten strafbaren Handlungen die allgemeinen Strafgesetze ausnahmslos zur Anwendung kommen, oder sollen in gewissen Hauptpunkten Ausnahmen stattfinden? abgedruckt in den Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentags, 1865.)

Mindestens von gleicher Bedeutung, wie die Preßfreiheit, wenn nicht von noch größerer, ist die rechtlich anerkannte Uebung des Vereins- und Versammlungsrechtes, wobei es in keiner Weise darauf ankommt, für welche an sich zulässige Zwecke, ob für religiöse, wissenschaftliche, gesellige, wirthschaftliche oder politische davon Gebrauch gemacht wird. Nur die eine Schranke ist zu ziehen, daß die Form der Versammlungen nicht

der allgemeinen Ordnung oder Sicherheit bedrohlich werde; daher Versammlungen unter freiem Himmel nicht denjenigen in geschlossenen Räumen gleichgestellt werden können, noch auch bewaffnete Versammlungen berathschlagen dürfen. Desgleichen braucht der Staat keine Organisationen zu dulden, welche unter dem Deckmantel der Versammlungsfreiheit einen gewaltsamen Angriff gegen die Staatsgewalt vorbereiten. Hieraus ergeben sich als angemessene Schutzmittel des Staates gegen den Mißbrauch des Vereinsrechts: das Verbot geheimer Versammlungen, das Erforderniß der Publicität, wonach der Obrigkeit nicht nur Kenntniß von jeder Versammlung, sondern auch Zutritt zu derselben zu gewähren ist, die vorläufige Schließung von politischen Vereinen vorbehältlich der gerichtlichen Entscheidung und das Verbot der Centralisation politischer Localvereine unter gemeinschaftlicher Leitung, wovon indessen zu Gunsten der Wahlvereine im Interesse sorgfältiger Vorbereitung der Wahlen zur Volksvertretung eine Ausnahme gemacht zu werden pflegt. Zweifelhaft hinsichtlich ihres Rechtswerthes ist dagegen die Befugniß, Versammlungen wegen eines in der Meinungsäußerung präsumirten Vergehens aufzulösen. Auch darf vom juristischen Standpunkt aus behauptet werden, daß eine feste und sichere Abgrenzung zwischen politischen und nichtpolitischen Vereinen schwerlich gezogen werden kann. (So im allgemeinen das preußische Vereinsgesetz vom 11. März 1850.)

Die Bedeutung der Vereins- und Preßfreiheit für den Staat ist übrigens nicht zu allen Zeiten die gleiche. Die durch die Erfahrung hinreichend bewährte Voraussetzung für den Bestand aller persönlichen Freiheitsrechte ist ihre Verträglichkeit mit der Gesammtrechtsordnung und die Sicherheit des Staates. Bei dem Vorhandensein ungewöhnlicher, den Staat bedrohender Gefahren, bei äußeren Kriegen oder offenem Aufruhr ist ausnahmsweise zu sorgen, daß das Recht des dem Gesetze gehorsamen Bürgers nicht zur Waffe des Feindes werde, der da bereit ist, aus der dem Frieden geweihten Sense des Schnitters eine Partisane zu schmieden. Das englische Recht kennt daher außerordentliche Steigerungen der Regierungsrechte und eine durch das Parlament zu genehmigende Suspension der Habeas-Corpus-Acte. Auch nach der preußischen Verfassung (Art. 111) können ausnahmsweise gewisse Grundrechte, freilich ohne Mitwirkung der Volksvertretung bei ungewöhnlichen Nothständen zeit- und districtsweise außer Kraft gesetzt werden. Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die aus Frankreich überkommene Proclamation des Belagerungszustandes nach dem für den ganzen Norddeutschen Bund gültig gewordenen Gesetze vom 4. Juni 1851.

§. 16. Gewissens- und Lehrfreiheit. Mit dem Vereinsrechte historisch verwachsen ist die Freiheit des Gewissens und der Religionsübung. Ehe das Bedürfniß der Antheilnahme an dem Gange der öffentlichen Angelegenheiten erwachte, bethätigte sich bereits das religiöse Bedürfniß der Cultusgemeinschaft, so daß diese seit dem Zeitalter der Reformation unter allen Zweckbestimmungen der freien Vereinigung am frühesten zum Vorschein kam. Die verschiedenen Abstufungen in der Verwirklichung der Religionsfreiheit, von der einfachen Duldung des Hausgottesdienstes an beginnend, gehören der Geschichte an. In vollkommenster Anerkennung bedeutet sie: nicht nur freie Darlegung der religiösen Ueberzeugungen in Gottesdienst und Lehre, sondern auch bürgerliche und politische Gleichstellung mit den historisch vorberechtigt gewesenen Bekenntnissen, also Negation des Staatskirchenthums. Die Bundesacte von 1815 (Art. 16) erklärte, daß die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien in den Ländern und Gebieten des Deutschen Bundes keinen Unterschied in den bürgerlichen und politischen Rechten begründen kann. Für die christlichen Secten und die Juden war damit nichts gesagt. In Preußen erging später das Patent vom 30. März 1847, betreffend die Bildung neuer Religionsgesellschaften, und die Sanction der Verfassungsurkunde, welche jeden Unterschied

der Bekenntnisse beseitigte, insofern es sich nicht um Anstalten handelt, welche mit der Religionsübung im Zusammenhange stehen. Dabei war vorzugsweise an die Volksschule gedacht. Anderwärts blieben auch noch 1848 mancherlei Beschränkungen der Juden bestehen oder es ward sogar, wie in Oesterreich durch das Concordat von 1855, die Gleichstellung der Protestanten verkümmert. Mit der verfassungsmäßigen Anerkennung der Gewissensfreiheit im weitesten Umfange ist übrigens nur ein individuelles Recht gewahrt. Die Grundsätze, nach denen sich corporative Kirchengesellschaften mit staatlicher Anerkennung bilden können, oder das Verhältniß der Kirchengesellschaften zum Staate geordnet wird, gehören zunächst in das Kirchenrecht. Doch ist anzuerkennen, daß die Bildung neuer Kirchengesellschaften in corporativer Gestalt nicht von einer obrigkeitlichen Prüfung des Glaubensinhaltes oder von willkürlich zu versagender Genehmigung abhängig gemacht werden darf, sondern, wenn anders Gleichberechtigung bestehen soll, nur von gewissen formalen Erfordernissen bedingt sein sollte. In Preußen bedarf es dazu eines Gesetzes. Ihre Schranke findet die Religionsfreiheit an der staatsbürgerlichen Ordnung und dem Strafgesetz, gegen welches Bekenntniß und Cultus nicht verstoßen dürfen. Auch die wissenschaftliche Forschung und die Lehre der religiösen oder wissenschaftlichen Dinge darf unter den gleichen Voraussetzungen nicht gehemmt werden. Dieser, in neueren Verfassungen gleichfalls anerkannte Grundsatz bezieht sich theils auf die Staatsgewalt, insofern diese versucht sein konnte, die dem herkömmlichen Dogma widersprechende Ausbildung religiöser Wahrheiten zu hindern, theils auf die alten Kirchengesellschaften, insofern diese beanspruchen könnten, von einem dogmatischen Princip aus das Unterrichtswesen in seiner Gesammtheit zu beherrschen oder zu leiten.

In der Schulgesetzgebung der deutschen Staaten herrscht indessen, da eine klare Auseinandersetzung zwischen den politischen, allgemein menschlichen und kirchlich dogmatischen Anforderungen meistentheils noch nicht erfolgt ist, vielfach Unklarheit und Verwirrung.

(Vgl.: J. B. Meyer, Religionsbekenntniß und Schule, 1863.)

Von selbst versteht sich ferner, daß das individuelle staatsbürgerliche Recht der freien wissenschaftlichen Lehre ausgeschlossen ist innerhalb des vom Staate oder der Gemeinde für gewisse Gegenstände und innerhalb einer bestimmten Unterrichtsmethode übertragenen und den Inhaber verpflichtenden Lehramtes. Auch die Begründung von Privatunterrichtsanstalten ist von der staatlichen Genehmigung abhängig geblieben, wogegen sich die neueren wirthschaftlichen Doctrinen unter Berufung auf völlige Erwerbsfreiheit vielfach auflehnen.

§. 17. Wirthschaftliche Verkehrsfreiheit. Die bisher aufgeführten Anwendungen der persönlichen Freiheit beziehen sich meistentheils ganz vorwiegend auf höchste ethische Interessen, wenn gleich auch gewerbliche Zwecke dabei in Betracht kommen können, was im Vereinsrecht überall da der Fall ist, wo es sich zum ökonomischen Genossenschaftswesen gestaltet und auch in der Ausnutzung der Tagespresse keinenfalls übersehen werden darf. Eine andere Classe staatsbürgerlicher Grundrechte ruht dagegen von vornherein vorwiegend auf wirthschaftspolitischer Basis. Dahin zählen wir

a) die Auswanderungsfreiheit, obschon dieselbe ursprünglich in Deutschland als Schutzmittel des Individuums gegen willkürliche religiöse Bedrückung im 17. Jahrhundert aufgefaßt wurde. Die Deutsche Bundesacte (Art. 18) gewährte den Angehörigen deutscher Staaten nur das Recht des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaat in den andern, der sie erweislich zu Unterthanen annehmen will und die Freiheit von aller Nachsteuer für ihr in einen anderen Bundesstaat übertragenes oder übergehendes Vermögen. Diese Beschränkung auf ein bestimmtes Auswanderungsziel ist indessen

gefallen. Preußen gewährt nahezu völlige, nur durch die Wehrpflicht von Staats wegen beschränkte Auswanderungsfreiheit.

b) Die Freizügigkeit im Inneren des Staatsgebietes und das Recht der Niederlassung und der freien Wahl des Aufenthaltes, sowie

c) die Gewerbefreiheit. Alle diese Rechte hängen eng zusammen. Ihre Hemmung und Negation in älterer Zeit geschah weniger von Seite der Staatsgewalt, obschon dieselbe oft genug im Wege der Gesetzgebung und der Polizeiverwaltung aus Gründen einer nur vermeintlichen Wohlfahrt intervenirte, als vielmehr von Seiten der Gemeinden, Innungen und Zünfte. Hieraus erklärt sich theilweise, weswegen Freizügigkeit und Gewerbefreiheit, obschon unleugbare Consequenzen des höheren Princips der persönlichen Freiheit, durch die Verfassungen seit 1848 nicht unmittelbar berührt, sondern mannichfach verkümmert blieben, bis später die Gewerbeordnungen einzelner Staaten eine Besserung schufen und neuerdings der Norddeutsche Bund diese Angelegenheit zur seinigen machte.

d) Die Unverletzlichkeit und Freiheit des Grundeigenthums im vermögensrechtlichen Verkehre, deren Gegensatz gleichfalls weniger in der Staatsgesetzgebung, als vielmehr in den letzten Resten der feudalen Periode und in den Satzungen des germanischen Familienrechts gegeben war. Als Anwendungen dieses Satzes ergeben sich gegenüber dem Staat: die Beseitigung der Parcellirungsverbote, im gewissen Sinne auch die Vermögensconfiscation als einer Strafe, die Unverletzlichkeit des Eigenthums in dem Sinne, daß Zwangsenteignungen (Expropriationen) nur gegen richterlich festzustellende Entschädigung im Streitfalle stattfinden dürfen, die Aufhebung der Oberlehnsherrlichkeit (mit Ausnahme der Thronlehen in Preußen), das Verbot der Errichtung neuer Lehen, die Beseitigung des dinglichen Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden, die Ablösbarkeit der Grundlasten — Neuerungen, welche nicht überall in gleicher Schärfe durchgeführt wurden. Gegenüber dem Familienrechte des grundbesitzenden Adels ward aus dem Gesichtspunkte des freien Grundeigenthums und der staatsbürgerlichen Gleichheit auch die Aufhebung des agnatischen Lehnsverbandes und der Familienfideicommisse durch die demokratischen Verfassungsprincipien des Jahres 1848 gefordert, doch nicht überall durchgesetzt. (Das Gesetz vom 5. Juni 1852 beseitigte die Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde und gestattet die Errichtung neuer Fideicommisse.) Uebrigens waren die Unverletzlichkeit und Freiheit des Eigenthums in allen wesentlichen Stücken durch die Gesetzgebung der absoluten Monarchie entweder schon gewährt oder doch vorbereitet worden, ehe ihnen eine staatsgrundgesetzliche Sanction zu Theil ward.

Aus dem Gesichtspunkte eines staatsbürgerlichen Grundrechts wird vielfach auch das Briefgeheimniß aufgefaßt; doch erscheint dasselbe vielmehr als eine Consequenz des vom Staate in Anspruch genommenen Postregals, mittelst dessen der Staat zwangsweise unter Ausschluß des Privatverkehrs die Beförderung von Briefen monopolisirt, so daß der Mißbrauch der ihm eben nur zum Zwecke der Beförderung anvertrauten Briefe einen Vertrauens- und Vertragsbruch constituiren würde. In dieses Vertragsverhältniß einzugreifen, kann nur Sache der richterlichen Gewalt auf Grund bestimmter gesetzlich geregelter Voraussetzungen sein. Auch das Petitionsrecht ist, weil ohne selbstständigen materiellen Werth den übrigen Grundrechten, nicht an die Seite zu stellen, vielmehr aus dem Gesichtspunkte zu würdigen, daß es entweder, wo es sich um allgemeine Angelegenheiten, z. B. den Erlaß eines neuen Gesetzes handelt, als Anwendung der freien Meinungsäußerung über staatliche Dinge aufzufassen ist, oder als eine Garantie des bestehenden Rechtszustandes erachtet werden muß, wenn nämlich der Inhalt der Petition als eine Beschwerde über

eine wirkliche oder doch vermeintliche Gesetzesverletzung gemeint ist. In beiden Richtungen hat das Petitionsrecht eine große Bedeutung.

(Literatur. Ueber staatsbürgerliche Freiheit im allgemeinen: meine Schrift: Die Principien der Politik, 1869, und die S. 350 Note 85 angeführte Literatur.)

III. Das Recht der Monarchen.

§. 18. Das monarchische Erbrecht. Die historischen Wurzeln und die alten Grundfesten der deutschen Monarchie liegen theils in dem Eigenthum oder Obereigenthum in Grund und Boden, theils in dem Lehnsvertrage und dem Vasallenverhältniß. Der politische Gedanke: daß das Recht des Monarchen die Darstellung der höchsten Staatsgewalt auf Grundlage des Gesammtwillens einer Nation bedeute, ist wesentlich neueren Ursprungs, wobei allerdings nicht zu vergessen ist, daß die Thatsache an und für sich älter ist in seiner Erscheinung, als die volksthümliche Rechtsgrundlage, welche sich erst aus der Schöpfung der neueren Staaten ergab. Seit dem Verfall des deutschen Kaiserthums und der Ueberhandnahme der Territorialgewalt stellte sich die Entwickelung in Deutschland so: die Monarchie bildete aus den von ihr politisch vernichteten Ständen das heutige einheitliche Volksbewußtsein heraus, nicht umgekehrt das Volksbewußtsein die Monarchie. Dieser historische Proceß, für sich allein genommen, hat keine Bedeutung, wenn es darauf ankommt, die Rechtsstellung des monarchischen Herrscherrechts innerhalb des Staats festzustellen, und gänzlich verkehrt ist es, aus dem historischen Entwickelungsgange der deutschen Staaten eine gegensätzliche Stellung zwischen dem Monarchen und dem lebendig gewordenen Volksbewußtsein herzuleiten, wie wenn das letztere nur einseitig als ein bloßes Object monarchischer Verfügung aufzufassen wäre. Die Monarchie ist gegenwärtig in Deutschland allgemein eine erbliche. Diese ihre Natur entstammt nicht erst den neueren Verfassungsgesetzen, sondern einer entlegenen Vergangenheit; sie ist im stärksten Maße geschichtliches Recht geblieben durch die ihr in den Verfassungen stillschweigend oder ausdrücklich gewordene Anerkennung.

Hieraus erklärt sich auch die im großen und ganzen weitgehende Uebereinstimmung in dem deutschen Thronfolgerecht, welches einen höchst wichtigen Bestandtheil des Verfassungsrechtes ausmacht, obgleich dessen Normen vielfach nur in den fürstlichen Hausgesetzen näher geordnet sind, und mit dem Privatrecht der fürstlichen Familien noch gegenwärtig eng zusammenhängen.

Ausnahmsweise und aushülflich bestimmt sich das Recht zur Thronfolge durch Erbverträge, welche entweder dem einen Contrahenten ein Successionsrecht gewähren, oder zwischen zwei und mehreren Häusern für den Fall des Aussterbens im Mannsstamm ein gegenseitiges Erbfolgerecht in ein Territorium constituiren. Solcher aus der Vergangenheit überkommener Erbverträge existiren noch gegenwärtig mehrere, deren Wirkung keineswegs erschöpft ist, nachdem die Thronfolge längst aufgehört hat, im Wege der Vertragsschließung unter fürstlichen Häusern verfügbar zu sein. Regelmäßig beruht das Erbrecht auf der Abstammung von dem ersten Erwerber des Herrscherrechts, vermittelt durch agnatische Verwandtschaft und Geburt in einer vollgültigen Ehe. Was eine vollgültige Ehe ist, beantwortet sich zunächst nach den Hausgesetzen der fürstlichen Geschlechter und dem Privatfürstenrechte. Die wesentlichen Abweichungen desselben vom bürgerlichen Rechte schlechthin treten darin hervor: daß auch durch nachfolgende Ehe Legitimirte (nach der vorwiegenden, wenn schon angefochtenen Meinung) ebenso wenig succediren, wie Adoptirte, daß Ebenbürtigkeit der zur rechten Hand geschlossenen und von dem regierenden Familien-

haupt genehmigten Ehe vorausgesetzt wird; welches Erforderniß der Ebenbürtigkeit bei allen Eheschließungen unter den Mitgliedern souveräner Häuser der Gegenwart und Vorzeit, sowie der im Jahre 1806 und später mediatisirten Familien des ehemaligen hohen Reichsadels erfüllt ist. Ueberall in Deutschland steht dem Mannsstamme der Vorzug vor den Frauen zu und nur darin waltet Verschiedenheit, ob beim gänzlichen Absterben desselben die Frauen zur Thronfolge überhaupt gerufen werden können (wie in den süddeutschen Monarchien), oder gänzlich ausgeschlossen bleiben sollen. Die preußische Verfassung bestimmt: daß die Krone erblich ist im Mannsstamme des königlichen Hauses und schweigt über die Frauen gänzlich, woraus sich verschiedene Schlußfolgerungen ziehen lassen. Die Ordnung der Thronfolge war ehemals je nach der Natur der Territorien im Reiche entweder land- oder lehnrechtlich bestimmt. Als die in der Gegenwart herrschende, dem Wesen der Monarchie am besten unzweifelhaft entsprechende, ist die Linealfolge und Primogeniturordnung anerkannt. Der Erstgeborene und bei seinem frühen vor der Thronerledigung erfolgten Absterben dessen erstgeborner Descendent u. s. w. succediren; in Ermangelung jeder Descendenz wiederum der Erstgeborne der dem letzten Herrscher nächsten Linie. Für die Kurfürstenthümer ward als nothwendige Garantie der Untheilbarkeit des Territoriums die Primogeniturordnung in der goldenen Bulle festgesetzt, für andere Reichsländer im Verlaufe der Zeit durch die Hausgesetze angenommen. Die Frage: ob in Ermangelung der Primogeniturordnung die s. g. Lineal- oder Linealgradualfolge bei der Succession der Seitenverwandten Platz greife, ist seit langer Zeit streitig gewesen.

Mit dem Aufkommen der Primogeniturordnung entstand in den Familien des hohen Reichsadels die Nothwendigkeit, für die s. g. nachgebornen Prinzen (d. h. alle nicht primogeniti) Vorsorge zu treffen, was entweder in Gestalt s. g. paragia, d. h. der Nutzungsrechte an Grundherrschaften, oder der Apanagen, d. h. des Rentenbezuges, geschah. Die hierfür, sowie die für die Ausstattung der Prinzessinnen geltenden Regeln hängen mit dem deutschen Staatsrecht vielfach zusammen, da die Vermögensmassen des Staates und der landesherrlichen Familien nicht überall streng geschieden werden konnten. Das fürstliche Privatrecht berührt sich daher in diesem Punkte mit dem Finanzrechte und noch gegenwärtig pflegt eine mindestens subsidiäre Haftung des Staates für die persönlichen Bedürfnisse der Prinzen und Prinzessinnen innerhalb gewisser Grenzen zu bestehen.

(**Literatur** des Privatfürstenrechts im allgemeinen: J. J. Moser, Familienstaatsrecht der deutschen Reichsstände, 2 Bde, 1775. — Derselbe, Persönliches Staatsrecht (!) der deutschen Reichsstände, 2 Bde, 1775. — Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1829. — Bauer, Beiträge zum deutschen Privatfürstenrecht, 1839. — Schulze, Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, herausgeg. und eingeleitet, Band I, 1862. — Derselbe, Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern, 1851.)

§. 19. Gegenstand der Thronerbfolge und Inhalt des Herrscherrechts. Immerhin ist der Gegenstand der Thronerbfolge begriffsmäßig geschieden von dem privaten Rechtskreis der Fürsten, indem man jenen als die Staatsverlassenschaft, diesen als die Privatverlassenschaft zu bezeichnen pflegt. Die Grundsätze, nach denen das fürstliche Privatvermögen vererbt wird, folgen theils in Beziehung auf das s. g. persönliche Vermögen den Regeln des gemeinen Civilrechts, theils in Beziehung auf fürstlichen Grundbesitz und dessen Zubehör vielfach den für fideicommissarische Stiftungen üblichen Normen. In einem einzelnen Falle und in Beziehung auf einzelne Objecte kann es streitig sein, ob bei der Beurtheilung ihres Charakters auf die Privatverlassenschaft oder die Staatsverlassenschaft zurückzugehen ist; der Grundsatz ist indessen an sich einfach: zur Staatsverlassenschaft gehören alle in dem monarchischen Rechte enthaltenen Befugnisse und Pflichten der Regierung, nebst den ihrer Ausübung, beziehungs-

weise Erfüllung gewidmeten Gütermassen ohne Unterschied ihre Benennung, sofern sie nur ihrer Zweckbestimmung nach eine politische Qualität entweder ursprünglich hatten, oder im Verlauf der Zeit empfangen haben. Von besonderer Wichtigkeit ist diese Frage geworden für die s. g. Kammergüter oder Domänen, bei denen ihre Zugehörigkeit zum Staatseigenthum oder zum Privatvermögen der Fürsten zwischen Landesherren und Ständen noch in neuester Zeit vielfach streitig ward. In einigen Staaten, in denen eine ausdrückliche Uebertragung in das Staatsvermögen stattfand, wie in Preußen, ist ihre Eigenschaft unstreitig; ebenso dort, wo nach der Gegenseite hin, wie in Mecklenburg der Patrimonial= oder Eigenthumsstaat des Fürsten sich bisher erhalten hat. In der Mehrzahl der kleinen Staaten indessen, in denen das politische Princip der Regierung weniger deutlich hervortrat, bildeten sich Vermischungen ständischer und landesherrlicher Vermögensrechte, welche die Grenze zwischen den staatlichen Finanzquellen und dem fürstlichen Privatvermögen verdunkelten. Der Grund dieser Unsicherheit liegt meistentheils darin, daß nach älterem Rechte der Fürst verpflichtet gewesen war, aus seinem Grundbesitze die Regierungskosten zu bestreiten, die Stände aber, wegen ihres Steuerbewilligungsrechtes an der Verwaltung der Domänen interessirt oder mitbetheiligt, die Verwendung der Einkünfte für Regierungszwecke zu fordern berechtigt waren. Die Regel, daß die Staatsverlassenschaft niemals von der Person des Herrschers getrennt werden darf, läßt übrigens auch noch weitergehende, über das Thronfolgerecht hinausreichende Anwendungen zu. Auch wenn das Herrschaftsrecht in Folge innerer Umwälzungen oder gewaltsamer Eroberung verloren geht, kann der Besitz und Genuß der dem Staate gewidmeten Gütermassen nicht von dem seiner Herrschaft entsetzten Monarchen oder dessen Rechtsnachfolger beansprucht werden.

(**Litteratur**: Ueber Domänen im Allgemeinen: A. Kräyer, vom Ursprung der Domänen in Deutschland insbesondere in Baiern, 1840. H. A. Zachariä, das rechtliche Verhältniß der fürstlichen Kammergüter, insbesondere im Herzogthum Meiningen, 1861).

§. 20. Regierungsfähigkeit und Regentschaft. Das Recht des Thronerben wird bei eintretendem Todesfall oder bei einer nur zu seinen Gunsten möglichen Entsagung sofort wirksam. Unvermittelt geschieht der Uebergang der Herrschaft auf ihn, ohne daß es einer besonderen Antrittserklärung bedürfte. Wenn die Thatsache des Ueberganges dennoch in Proclamationen öffentlich kundgegeben wird, so hat dies nur die Bedeutung eines Solennitätsactes. Ebenso wenig hängt der Anspruch auf Gehorsam, den der neu eintretende Herrscher erheben darf, von der ebenfalls üblichen Vereidigung des Heeres und der Beamten, noch auch von Huldigungen oder Krönungen ab. Dagegen ist auch nach neuerem Verfassungsrechte, wie dies nach dem alten Reichsrechte für die Kaiser der Fall gewesen war, der Herrscher seinerseits verpflichtet, das eidliche Gelöbniß auf die Verfassung abzulegen, dessen Unterlassung indessen auch ihn nicht zu einer Herrschaft gegen Verfassung und Recht legitimiren könnte, da er seine Rechte überall nur in Gemäßheit der Verfassung ausüben darf. In Belgien wird die Uebertragung des Thronrechtes selbst bis zur geschehenen Eidesleistung auf die Verfassung hinausgeschoben, so daß dort ein Interregnum nach dem Ableben der Monarchen eintreten muß.

Obgleich der Uebergang des Thronfolgerechts auf den Erben keiner Vermittelung bedarf, kann die Uebernahme der Regierungsgeschäfte selbst dennoch von Rechts wegen einen Aufschub erfordern. Dies ist dann der Fall, wenn dem Herrscher im Augenblick der Thronerledigung die persönliche Fähigkeit zur Wahrnehmung der Regierungspflichten fehlt. — Nach der mittelalterlich lehnsrechtlichen Anschauung begründete eine absolute körperliche Unfähigkeit zur Wahrnehmung des Lehnsdienstes im Augenblicke des Anfalles

Unfähigkeit zum Lehnserwerbe. Doch erstreckte sich nach und nach die für den Fall der bloßen Unreife geordnete Lehnsvormundschaft auch auf andere Verhältnisse der Behinderung. Je nach der juristischen Formulirung des monarchischen Princips wird sich auch für die Regierungsvormundschaft oder Reichsverwesung, oder wie man am besten sagt, Regentschaft, eine feste Grundlage ergeben. Faßt man das monarchische Recht auf als eine selbstständige, pflichtmäßige und gleichzeitig nothwendige Bethätigung des Herrschaftswillens in Beziehung auf die hier vorgezeichneten Objecte, so wäre die natürliche Schlußfolgerung: daß bei absoluter und dauernder Unfähigkeit zu eigner, durch vernünftiges Wollen bestimmter Entschließung oder zur Wahrnehmung der in der Sinnenwelt eintretenden Vorgänge Successionsunfähigkeit von vornherein anzunehmen sein würde, sofern solche unüberwindliche Hindernisse im Augenblicke der Thronerledigung bestehen. Ganz im Gegentheil hat aber das deutsche Staatsrecht gerade während der Periode der absolutistischen Staatsentwickelung im Widerspruche zu dem Gedanken einer persönlichen Herrschaft die Entwickelung dahin genommen, daß auch dauernde Gründe der Unfähigkeit zur Herrschaft nur die Einsetzung einer Regentschaft rechtfertigen sollen.

Die wichtigsten Gründe der Regentschaft sind die folgenden:

1) Minderjähriges Alter des Thronerben, dessen Ende durch die goldene Bulle für die Kurfürsten, und im Anschluß dann durch die Hausgesetze vieler Fürstenhäuser auf die Vollendung des 18. Lebensjahres bestimmt wird.

2) Geisteskrankheit und langdauernde Abwesenheit.

3) Das Verbleiben einer schwangeren Wittwe nach dem Tode des Herrschers, wenn derselbe keine männliche Descendenz hinterließ und es daher ungewiß bleibt, auf wen der Thron übergehen wird.

Ganz allgemein erwähnt, außer dem minderjährigen Alter, die preußische Verfassungsurkunde dauernde Behinderung des Herrschers, zu regieren, so daß die einzelnen Regentschaftsgründe in Ungewißheit gelassen sind. Das thatsächliche Vorhandensein eines solchen Behinderungsgrundes kann zweifelhaft sein, wenn es von einer Seite behauptet, von anderer bestritten wird. Wie die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit eines Angeklagten im Strafproceß, so kann die politische Zurechnungsfähigkeit eines Herrschaftsberechtigten im Falle einer evidenten, Gesetz und Recht dauernd verletzenden Mißregierung in Frage kommen. Wer daher über die Existenz eines Regentschaftsgrundes — abgesehen von den an sich klaren Fällen der Minderjährigkeit — zu entscheiden hat, bildet eine an sich höchst schwierige und gleichzeitig wichtige Frage. Nach neuerem Verfassungsrechte wird für Einsetzung der Regentschaften den Volksvertretern ein Mitwirkungsrecht zugesprochen; in Preußen haben sie die Nothwendigkeit einer eintretenden Regentschaft anzuerkennen.

Die Rechtsstellung des Regenten ergiebt sich aus der Veranlassung seiner Berufung von selbst. Er kann weder durch Instructionen des unfähigen Herrschers noch an Aufträge der Herrscherfamilie beschränkt sein. In der Regentschaft zeigt sich deutlich, daß das monarchische Recht eine von der Person des unmittelbar berufenen Herrschers unabhängige, objective Bedeutung hat. Abgesehen von den rein äußerlichen Ehrenrechten der Titulatur, verwaltet der Regent die Substanz der höchsten Staatsgewalt nach ihrem vollen verfassungsmäßigen Inhalt. Er regiert selbstständig, höchstens im Namen, nicht aber im Sinne des Unfähigen. Nur darin liegt ein wesentlicher staatsrechtlicher Unterschied zwischen einer regentschaftlichen und der auch nominell monarchischen Gewalt, daß jene ihrem Bestande nach bedingt ist durch ein in einer dritten Person waltendes, möglicherweise fortfallendes Hinderniß. Ob in Anbetracht dieses eigenartigen Rechtscharakters der Regentschaft auch besondere Schranken gegeben werden sollen, zumal sie sich möglicherweise gegen die Interessen der nur zeitweise verhinderten Person des Herrschers kehren könnte,

ist eine wesentlich politische Frage, die in den einzelnen Verfassungen verschiedenartig gelöst wird, indem dem Regenten entweder die Befugniß, Verfassungsänderungen herbeizuführen entzogen oder die Mitwirkung eines Regentschaftsrathes an die Seite gesetzt wird. Die preußische Verfassung läßt dem Regenten alle Machtvollkommenheiten des Herrschers, durch deren selbstständige Ausübung nach eignem Ermessen seine Stellung sich von derjenigen eines einfachen von dem Monarchen selbst eingesetzten Stellvertreters unterscheidet. Die Regentschaft hat ihre Grundlage meistentheils an Thatsachen und Umständen, welche von dem Willen des Monarchen und des Regenten selbst unabhängig sind, die Stellvertretung beruht gänzlich auf der eignen Anordnung des Monarchen. Zwar kann derselbe durch eignes Zuthun oder sogar durch eigne Schuld jene Thatsachen herbeiführen, welche die Nothwendigkeit einer Regentschaft bedingen (z. B. eine Reise in ferne Weltgegenden, oder Geisteskrankheiten in Folge von Ausschweifungen), doch kann darauf nichts ankommen, ob er selbst den Grund einer thatsächlich eingetretenen Behinderung anerkennen will oder nicht; ebenso wenig hat er eine Auswahl derjenigen Person, auf welche das Regentschaftsrecht übergehen soll, während er in der Bestellung von Stellvertretern eine völlig unbehinderte Auswahl hat, vorausgesetzt, daß demselben niemals der volle Umfang der Staatsgewalt, sondern immer nur die Besorgung einzelner Geschäfte übertragen wird. Im übrigen ist zu bemerken, daß über das Stellvertretungsrecht des Monarchen verfassungsmäßige Festsetzungen meistentheils fehlen.

Jedenfalls muß dies vom juristischen Standpunkt aus als eine schwer auszufüllende Lücke betrachtet werden. Seinem Rechtscharakter nach ist das monarchische Herrscherthum untheilbar, wie schon der Name der Einheit darthut. Eine Theilung könnte hier nur in Gestalt des Bruchtheils zum Vorschein kommen. Weil man dies begriffen, nimmt auch, ohne daß ein directes verfassungsmäßiges Verbot angeführt werden könnte, die neuere Rechtstheorie, wo sie den monarchischen Willensäußerungen den weitesten Raum zu gewähren geneigt ist, die Unmöglichkeit an, daß der Herrscher durch Bestellung eines Mitregenten seinen Beruf verringere. Man hat bisher fast überall nur den Fall ins Auge gefaßt, daß einem widerwilligen Monarchen durch eine regierungsfeindliche Opposition einzelne Befugnisse verkümmert werden könnten. Aber auch die entgegengesetzte Möglichkeit ist ins Auge zu fassen: daß ein Monarch freiwillig darauf Bedacht nimmt, Bestandtheile seiner Gewalt zu veräußern. Ist die Unantastbarkeit und Unverletzlichkeit der monarchischen Prärogative gleichbedeutend mit ihrer freiwillig etwa erstrebten Veräußerlichkeit durch den Monarchen selbst? Durch den Waldeckischen Accessionsvertrag mit der Krone Preußen wird eine solche Frage für das neue Staatsrecht besonders nahe gelegt.

Auch in der Berufung zur Regentschaft tritt deren staatsrechtlicher Grundtypus gegenwärtig immer mehr und mehr hervor, nachdem man früher die völlig unzutreffende Analogie der Privatvormundschaft herbeigezogen und für die Construction der einzelnen Rechtssätze ausgenutzt hatte. Der fundamentale Unterschied liegt nämlich darin, daß bei der Privatvormundschaft durchaus der Vortheil der bevormundeten Person den Ausgangspunkt aller Rechtsgeschäfte bildet, während bei der Regentschaft die Fürsorge für die Erziehung des minderjährigen Herrschers, die Pflege eines Geisteskranken oder die Erhaltung des fürstlichen Vermögens durchaus nebensächlich erscheint neben der Pflicht des Regenten, die Functionen der verfassungsrechtlich bestehenden Gewalt im Staate zu üben.

Die Einsetzung eines Regenten nach Analogie der obervormundschaftlichen Bestallung eines Tutor kann in souveränen Staaten nicht vorkommen, sondern höchstens in Vasallenstaaten gegenüber einer lehnsherrlichen Oberaufsicht zulässig sein. Aber auch testa-

mentarische Einsetzung für unmündige oder minderjährige Herrscher würde mit dem Princip des monarchischen Erbrechts geradezu in Widerspruch stehen. Es bleibt daher nur übrig die ein für allemal im voraus bestimmte, meistentheils hausgesetzlich geordnete Berufung des nächsten regierungsfähigen Agnaten, einer Person, welche nach dem Princip des monarchischen Erbrechts auch herrschaftsberechtigt sein könnte, so daß Berechtigung zur Regentschaft auch (abstracte) Befähigung zur Thronerbfolge, nicht aber umgekehrt Berechtigung zur Thronerbfolge eine Befähigung zur Regentschaft bedeutet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze findet sich zuweilen, wenn selbst bei dem Vorhandensein regierungsfähiger Agnaten, Frauen in ihrer Eigenschaft als Mutter noch minderjähriger Prinzen, nach der Analogie des römischen Privatrechts zur Regentschaft berufen werden. Hält man sich an die staatsrechtliche Natur der Regentschaft, so bietet es keine Schwierigkeit, die Frage zu beantworten, ob der Regent nach der Beendigung seiner Stellung zur rechtlichen Verantwortlichkeit gezogen oder etwa wegen ungehörigen Gebrauches seiner Machtvollkommenheit entsetzt werden kann? Eine Verneinung wird hier klar gefordert.

(**Literatur.** S. Zöpfl, die Regierungsvormundschaft im Verhältniß zur Landesverfassung 1830.)

§. 21. Zwischenherrschaft. Die Unfähigkeit zu regieren kann auch durch gewaltsam wirkende Hindernisse hervorgerufen werden: Vertreibung, Entsetzung oder Entthronung eines Erbfürsten, entweder durch innere Umwälzungen oder auch kriegerische Gewalt. Ueberall wird hier ein unmittelbar physischer Zwang gegen den Monarchen vorausgesetzt. Dagegen wäre eine freiwillige Einstellung der Regierungsgeschäfte ohne Vorsorge für deren Fortführung, oder die dauernde Wohnsitznahme im Auslande als Entsagung aufzufassen. Bei gewaltsam und widerrechtlich herbeigeführtem Thronverluste entsteht indessen der im Staatsrechte bedeutende Widerspruch zwischen der Herrschaft eines unberechtigten Usurpators und der thatsächlichen Verhinderung des berechtigten Herrschers. Dieser Conflict zwischen Thatsache und Recht kann damit endigen, daß die ursprünglich usurpatorische Gewalt durch den Gesammtwillen des Volkes entweder unmittelbar oder vermöge der vertretenden Organe anerkannt wird und in das Rechtsbewußtsein des Volkes als dauernder Zustand sich festsetzend, legitime Qualität erlangt; oder daß die usurpatorisch angeeignete Gewalt nachträglich wieder verloren geht und in die Hände des legitimen Herrschers zurückgelangt. Die Herrschaftsacte dessen, welcher über die Staatsmittel in der Absicht dauernder Verfügung und eigenen Rechtes gebietend, sich Gehorsam verschafft, können hinterher nicht einfach negirt werden. Sie lassen sich nicht ungeschehen machen. Nur ihre Rechtsfolgen könnten möglicherweise beseitigt werden. Jeder derartige Versuch würde aber gegen das Princip des Staatsrechts selbst verstoßen, demzufolge der materielle Bestand des Gemeinwesens die höchste aller Nothwendigkeiten ist, die das Vorhandensein irgend einer Regierung erfordert. Bestände nach der thatsächlichen, wenn auch gewaltsamen Verhinderung des legitimen Herrschers die absolute Verpflichtung sich jedes Regierungsactes in dem herrschaftslos gewordenen Staat zu enthalten, oder jeden Gehorsam der thatsächlich geübten Macht zu versagen, so wäre damit nicht nur das Recht des Vertriebenen, sondern auch überhaupt jede Rechtsgemeinschaft im Staate, ja der Staat selbst ideell zum Untergange gebracht. Wie die einer Dynastie widerfahrende Unbill das geringere Uebel ist im Vergleich zur Anarchie, in Aussicht auf welche Völker sogar evidente Rechtsverletzung des Monarchen ertragen, so ist auch die Verletzung dynastischer Rechte geringer als die Verletzung der Staatsgesammtheit in ihrer Selbsterhaltung. Wenn ein Zwischenherrscher nicht etwa durch ein persönlich begangenes Verbrechen gegen die entthronten Fürsten, sondern nur in Anerkennung eines bereits vollzogenen Umsturzes zur Herrschaft berufen wird, so kann er auch bei

einer etwa eintretenden Restauration der legitimen Dynastie nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Seine Herrschaftsacte, mögen dieselben nun auf gesetzgebender Gewalt oder auf Vertragsschließungen mit den ihn anerkennenden Mächten des Auslandes beruhen, wirken ebenso verpflichtend wie die Acte eines Regenten. Nur die eine Schranke ist ihm gezogen: daß die von ihm ausgehenden Willensäußerungen und Gesetze, welche eine dauernde Ausschließung des entthronten Fürsten oder seiner Rechtsnachfolger gebieten, niemals ein legales Hinderniß für die sich vollziehende Restauration des legitimen Herrschers abgeben können.

(**Literatur**: S. Brockhaus, das Legitimitätsprincip 1868. — Zachariä, über die Verpflichtung restaurirter Regierungen aus den Handlungen einer Zwischenherrschaft in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, Tübingen 1853, S. 79. — Brie, die Usurpation einer usurpirten Staatsgewalt, 1. Abth. 1866).

IV. Die Volksvertretungen und die Landstände.

§. 22. Wesen und Rechtscharakter der Volksvertretungen. Die historische Voraussetzung und Grundlage der Monarchie in Deutschland ist ihre Beschränkung. Selbst nachdem die mittelalterlichen Stände in Verfall gerathen waren, konnte man von einer formell absoluten Monarchie nicht sprechen; denn trotz dieser Bezeichnung fand die fürstliche Macht mindestens eine Schranke an den Rechten der kaiserlichen Reichsgewalt und außerdem an den fürstlichen Hausgesetzen und den in ihnen vorgezeichneten Erbfolgeordnungen, die zu ändern oder ohne Genehmigung der Agnaten umzugestalten, außerhalb der Verfügung des Herrschers lag. Die Gründe, welche den Verfall der altständischen Verfassungen herbeiführten, beschleunigten oder vollendeten, liegen nicht im Bereiche der gegenwärtigen Darstellung; doch ist in dem historischen Entwickelungsgange des neuern deutschen Staatsrechts auf den Umbildungsproceß, welcher zu Anfang dieses Jahrhunderts begann, bereits hingewiesen worden. Wenn dabei auch der Name der Landstände in der Bundesacte (Art. 13) und in den neueren Repräsentativverfassungen meistentheils beibehalten wurde und von Kammern im französischen-belgischen Sinne nicht überall die Rede ist, so besteht zwischen den alten Landständen und den neuern Volksvertretungen doch thatsächlich und rechtlich ein bedeutender Unterschied. Jene übten in ihrer Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten entweder nur ihr eignes dinglich-persönliches Recht (wie der ritterschaftliche Grundbesitz), oder die ihnen sonst zustehende Vertretung einzelnen Corporationen. Hierin lag allerdings der Uebergang zu dem modernen Wahlsystem. Das Grundsystem der neueren Volksvertretungen ist Wahl, entweder durch das Volk oder für das Volk.

Durch das Volk geschieht die Wahl, indem entweder numerisch oder local abgegrenzte Gruppen von Individuen berufen sind, den Volkswillen nach ihrer Auffassung in Gestalt der Majoritäten zu constatiren. Dasselbe ist auch dann noch der Fall, wenn es gelingt, auf einer gewissen Entwickelungsstufe eine Darstellung des Volkslebens in Berufs- und Besitzclassen zu gewinnen. Für das Volk geschieht die Wahl, wenn durch landesherrliche Berufungen ein Factor oder ein Theil der Volksvertretungen gebildet wird, oder wenn aus präsentirten Candidaten eine Auswahl durch den Landesherrn getroffen wird. Dagegen haben sich die Reste der altständischen Auffassung mit dem Gedanken der englischen Pärie vielfach in der Bildung der ersten Kammer verschmolzen.

Für das Staatsrecht ist nun die Hauptfrage, welcher Rechtscharakter der Volksvertretung als solcher, ohne Rücksicht auf ihren Herstellungsproceß zukomme, wohingegen die politische Leistungsfähigkeit derselben wesentlich durch die in ihr wirkenden Elemente be-

dingt erscheint. Die französische Theorie des Constitutionalismus, an die Staatslehre des vorigen Jahrhunderts anknüpfend, brachte die Repräsentation des Volkes in Zusammenhang mit der Lehre von der Gewaltentheilung, der zufolge die Kammern als ein neben der Krone gleichberechtigter Factor der gesetzgebenden Gewalt hingestellt, aber gleichzeitig von der Staatsverwaltung oder Execution völlig getrennt gedacht wurden.

Nach der neueren englischen Staatsanschauung wird ganz im Gegentheil die Einheit der höchsten Staatsgewalt nur im Parlament gesucht, so daß der Krone nur ein corrigirender Einfluß auf die mit Ausübung der höchsten Staatsgeschäfte durch die Parlamentsmehrheit beauftragten Minister zugestanden wird. Unmerklich und allmählig hat mit dem Aufkommen der neueren Handels- und Mercantilinteressen eine derartige Anschauung, wenn auch nicht eine juristische Legitimation, so doch eine weit verbreitete Zustimmung gefunden. Dieses sogenannte englische parlamentarische System ward sogar von Stahl als der entschiedene Gegensatz gegen das monarchische Princip aufgefaßt. Beide Anschauungen, die englische, wie die französische, üben ihren Einfluß auf die Behandlung des deutschen Staatsrechts. Doch war hierbei auch eine dritte, durch die Wiener Schlußacte gleichsam autorisirte Theorie höchst einflußreich, wonach die Volksvertretung als unter dem Monarchen wirkende und von ihm pflichtmäßig zu gebrauchende Unterstützung bei der Ausübung einzelner, genau bezeichneter, und bestimmt abgegrenzter Staatsgeschäfte gedacht wurde. Man hatte daher im Ganzen drei Formeln gefunden: die Volksvertretung als gleichberechtigt, oder als herrschend, oder als dienend, somit entweder neben, oder über, oder unter dem Monarchen stehend. Jede dieser Theorien war zunächst nur das Spiegelbild einer bei den verschiedenen Nationen gegebenen Thatsache.

Auch gegenwärtig gibt es im deutschen Staatsrechte noch keine allgemein gültige Rechtslehre über das Wesen, die Competenz und die Grundlage der Volksvertretung; es wird dies auch nach eben demselben Gesetze, welches die Bildung der Theorie beherrscht, nicht eher der Fall sein können, als bis die gegenwärtig noch im Fluß begriffene Verfassungsentwickelung zu einem gewissen Stillstand oder vielmehr Abschluß gekommen sein wird. Nur das darf als Ergebniß der vorangegangenen Bewegungen bezeichnet werden, daß weder die französische noch die englische Auffassung von dem Wesen der Volksvertretung den wirklich bestehenden Zuständen entspricht, oder auch nur Aussicht hätte, als die allgemein richtige vom Standpunkt des monarchischen Verfassungsrechtes anerkannt zu werden. Ebenso wenig erscheint es zuläßig, den Einfluß der Volksvertretungen auf den Gang der Staatsgeschäfte nach dem Grundgedanken der Wiener Schlußacte an ein feststehendes und unabänderliches Minimum zu bannen. Die Grundlage der Volksvertretung und deren innere Berechtigung im allgemeinen ist zunächst herzuleiten aus dem Wesen, der Größe, der Zusammensetzung und Culturentwickelung der modernen Völker einerseits und aus der in das allgemeine Bewußtsein eingetretenen Erfassung der individuellen Grundrechte andererseits. In letzterer Beziehung ist eine Garantie und Abwehr der erfahrungsgemäß in jeder Gewalt wirkenden Neigung zum Mißbrauch die unumgänglich durch die Herstellung einer Volksvertretung zu befriedigende Rechtsforderung. Was dagegen die allgemeine Culturentwickelung der Zeit betrifft, so erscheint es unmöglich, den realen Volkswillen auf einem einfachen Wege der monarchischen Entschließung, oder selbst in Republiken der einfachen, sofort in Gesetzeskraft tretenden Majoritäten einer Versammlung darzustellen, so daß nach dieser Seite hin der Grundgedanke der Repräsentation ist: Zusammenwirken mehrerer im Staat vorhandener, aber durch Zweckbestimmung verbundener Willenskräfte zur gemeinsamen Aeußerung des in Wahrheit vorhandenen Einheitswillens, wobei je nach der Natur der dieser Aeußerung unterliegenden Objecte der

Einfluß des einen Factors gegenüber dem andern thatsächlich und rechtlich sehr verschieden bestimmt werden kann.

Diejenigen Staatsgeschäfte und Willensacte, bei deren Vorbereitung oder Durchführung die Volksvertretung verfassungsrechtlich nicht betheiligt ist, heißen gemeiniglich die Prärogative der Krone oder die Majestätsrechte im engern Sinne. Allein auch ihre Ausübung soll wenigstens in jedem einzelnen Falle der Prüfung hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit unterliegen. Hierauf bezieht sich das Erforderniß ministerieller Gegenzeichnung, welcher alle Regierungsacte zu ihrer Gültigkeit bedürfen.

(**Literatur**: Zur Geschichte der Landstände zu Reichszeiten: O. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht 1868, S. 819 ff.)

§. 23. Rechte und Befugnisse der Volksvertretung. Rechtskreis und Thätigkeitsgebiet der Volksvertretung sind, nach dem von uns aufgestellten Gesichtspunkt bemessen und auf das Princip des öffentlichen Rechtsschutzes oder des zweckmäßigen Zusammenwirkens zur Feststellung des einheitlichen Staatswillens zurückgeführt, nicht an eine feste, der Entwickelung unzugängliche Formel zu bannen. Die juristische Schranke, welche das Recht des Monarchen von der formalen Mitwirkung der Volksvertretung trennt, wird abzuleiten sein aus dem Grundprincip der staatlichen Einheit, insofern sie in der monarchischen Form ihre eigenthümliche Darstellung findet. Wo nach der Natur der Dinge das Zusammenwirken mehrerer Factoren die politische Kraft der Einheit zerstören oder in wesentlichen Richtungen hemmen würde, ist der Monarch in voller Selbstständigkeit des Handelns zu belassen. Aus der Anwendung dieses Grundsatzes ergibt sich beispielsweise: daß das Wesen des militärischen Oberbefehls, der Kriegführung und des Friedensschlusses, der Repräsentation gegenüber fremden Mächten, die Ernennung und Anweisung des Beamtenthums, kurz gesprochen: das Wesen aller Dinge, welche strengste Einheit des Entschlusses und planvolle Durchführung verlangen, unverträglich ist mit dem Eingreifen anderer Factoren des Staatslebens außer den unmittelbar Beschließenden und unmittelbar Handelnden. Dieses Grundgesetz des staatlichen Geschehens gilt auch für Republiken im allgemeinen, nur daß in ihnen die persönliche Verantwortlichkeit der handelnden Personen stärker hervortritt. Völlig verkehrt wäre es aber aus dieser in der Natur nicht nur der staatlichen, sondern auch der individuellen Handlung liegenden Einheitlichkeit zu folgern, daß deren Proceß oder Resultate der Kritik, Meinungsäußerung oder Beschwerde deswegen entzogen bleiben müßten, deren rechtliche Anerkennung gerade die Garantie bildet für den unangefochtenen Bestand solcher Prärogativen. Das Zusammenwirken der Kammern mit der höchsten ausführenden Staatsgewalt oder der Person des Monarchen ist hingegen überall da von Rechts wegen zu fordern, wo nach seinen Objecten betrachtet, der Staatswille einestheils verschiedenartige Interessen und Gegensätze in sich schließt und deswegen, um überall anerkannt zu werden, der Vereinbarung und der Zusammenfassung des Mannichfaltigen bedarf. Daher in der Gesetzgebung, als in der Aufstellung allgemeiner Normen, und in der Besteuerung des Volkes, als einer nothwendig gewisse Interessen verletzenden Staatsfunction, das Zusammenwirken der Staatsidee entsprechend ist. Aus diesen Gesichtspunkten sind nun die wesentlichen Rechte der Volksvertretung herzuleiten.

Erstens aus der Zweckbestimmung der Prüfung und Kritik der noch nicht begonnenen, oder doch bereits vollendeten Staatshandlungen, sowie der Abwehr geschehenen oder bevorstehenden Unrechts: das Recht der Bitte und Beschwerde, der Empfangnahme und Beurtheilung von Petitionen der Staatsbürger, das Recht der Adresse an den Monarchen, das Recht der Kenntnißnahme von den Staatsangelegenheiten, zu üben entweder durch Fragestellung an die Minister (Interpellationen) oder durch Ein-

ladung der Minister zur Antheilnahme an den Landtagsverhandlungen, wie andererseits diesen auch das Recht zusteht, gegenwärtig zu sein nach ihrem Gutdünken; zu üben endlich durch Einsetzung von Untersuchungsausschüssen zur Erforschung zweifelhafter Thatsachen. Das formal wesentlichste Recht, die Ministeranklage, bildet endlich den Schlußstein in dieser Reihe. Zweitens aus dem Gesichtspunkte der Herausbildung des materiell einheitlichen Staatswillens aus der Mannichfaltigkeit der Gesellschaftsgruppen: das Recht der Mitwirkung an der Gesetzgebung, der Besteuerung und Finanzcontrolle.

(**Literatur:** Campe, Die Lehre von den Landständen nach gemeinem deutschen Staatsrecht, 1864. — C. Rößler, Studien zur Fortbildung der preußischen Verfassung, 1. Abth., 1863; Die parlamentarische Regierung, S. 115 ff. — O. Held, Staat und Gesellschaft, 3. B. 1865 auch unter dem Titel: Der verfassungsmäßige oder constitutionelle Staat, S. 71 ff.).

§. 24. Ministerverantwortlichkeit. Das Recht der Ministeranklage steht weder im Widerspruch mit den geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts, noch auch im Gegensatz zu dem Princip der monarchischen Unverletzlichkeit Kaiser und Reichsstände waren dem Reich gegenüber zur Rechenschaft sogar selbst verpflichtet, aber auch den Landständen alten Datums ward öfters das Privilegium gegeben, gegen die höchsten fürstlichen Räthe einzuschreiten. Die formale Unverantwortlichkeit der Monarchen in den souverän gewordenen Staaten Deutschlands ist aber nur der letzte und vollendete Ausdruck des der höchsten Staatsgewalt überhaupt zukommenden Rechtscharakters, welcher eine Unterwerfung unter eine richtende Gewalt, als eine erst aus jener abzuleitende vollkommen ausschließt. Dagegen sind die aufgestellten Rechtsnormen und das positive Gesetz auch in der absoluten Monarchie Schranken und Thätigkeitsprincip der höchsten Staatsgewalt selbst, so lange sie bestehen. Wäre jede von dem Monarchen intellectuell ausgehende Verletzung des positiven Rechtes einfach als geschehene Thatsache hinzunehmen, so würde er nicht mehr als Repräsentation der Staatsgewalt, sondern nur noch als physisch wirkende Macht anerkennbar sein. Die Verbindlichkeit solcher positiven Schranken des monarchischen Handelns wird daher entweder nur einfach negirt (mit der Negation des Rechtsstaates selbst) oder sie muß dargestellt werden in der Verantwortlichkeit derer, welche entweder als Berather eine rechtsirrthümliche Entschließung veranlassen oder als oberste Organe einen rechtswidrigen Auftrag ausführen. Die monarchische Unverantwortlichkeit erstreckt sich daher einfach auf das Unrecht, welches der Monarch etwa in eigener Person und selbstthätig begeht, niemals auf das Unrecht, welches Unterthanen im Namen oder im Auftrage eines Monarchen begehen. Wäre letzteres der Fall, so wäre in den Verfassungsurkunden auch die Unverantwortlichkeit und Unverletzlichkeit der Minister und Beamten in ihrer den monarchischen Willen ausdrücklich und präsumtiv vertretenden Eigenschaft auszusprechen. Umgekehrt muß juristisch der Satz gelten: das Ministerium kann eine eigene Unverantwortlichkeit nicht aus derjenigen des Monarchen ableiten und der Monarch kann die ihm verfassungsmäßig gewährleistete Unverantwortlichkeit an Niemand delegiren.

Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit ist weder in der staatsrechtlichen Theorie zum vollkommenen Abschluß gediehen, noch auch aus den deutschen Verfassungsgesetzen der Gegenwart einheitlich zu begründen. Sie ist nicht einmal überall anerkannt. Die preußische Verfassungsurkunde verzeichnet das Princip, ohne ihm bisher die Möglichkeit der Anwendung gesichert zu halten. Die Norddeutsche Bundesverfassung spricht von einer Ministeranklage überhaupt nicht.

Die staatsrechtlich wichtigste Frage bezieht sich übrigens nicht auf die Formen der Verwirklichung, auf die Art des Processes, auf die besondere Gestalt der Anklagebefugniß, welche indessen nur den Volksvertretungen entweder in ihren einzelnen durch das Zwei-

kammersystem gegebenen Organen oder in deren Zusammenwirken zusteht, sondern vielmehr 1) auf die Gegenstände der ministeriellen Verantwortlichkeit und 2) auf die urtheilfällende Instanz.

Als Gegenstand der Ministerverantwortlichkeit (übrigens ohne Unterschied, ob positive Handlungen oder Unterlassungen zur Sprache kommen) kann gedacht werden: a) die allgemeine Zweckwidrigkeit oder der für den Staat nachtheilige Erfolg einer Regierungshandlung; daher auch Mißbrauch einer s. g. Prärogative (z. B. Mißbrauch des Begnadigungsrechts); b) positive Rechtsverletzung im weitesten Sinne z. B. auch Verletzung einer bestehenden, nicht aufgehobenen, Verordnung der höchsten Staatsgewalt; c) Verletzung des Staatsgrundgesetzes oder der von der gesetzgebenden Gewalt erlassenen allgemeinen Normen und Verfassungsverletzung; d) Verletzung politischer Strafgesetze, welche allgemein bindend sind, oder doch alle Beamten schlechthin verpflichten. Zu einer Verfolgung dieser letzten Classe durch Anklage der Volksvertretung liegt eine unbedingte, in der Consequenz des Staatsrechts begründete Nöthigung nicht vor; höchstens gilt die Zweckmäßigkeitserwägung: ob die gewöhnlich geordneten Organe des Strafprocesses ausreichend stark sein werden, die Rechtsordnung gegen die ihnen vorgesetzten Machthaber selbst zu vertheidigen, so daß in Beziehung auf gewisse Amts- und Staatsverbrechen eine concurrirende Anklage oder Urtheilsinstanz an den Kammern geschaffen werden kann. Da concrete Zweckmäßigkeitsfragen, also auch die Beschädigung durch ministeriellen Mißbrauch der Prärogative niemals nach positiven Gesetzesnormen entschieden werden können, erscheinen sie jedenfalls zu processualischem Verfahren ungeeignet, und es bleibt somit als specifisches Object der Ministeranklage durch die Volksvertretung:

die Verfolgung wegen Verfassungs- und Gesetzesverletzung, welche durch das Strafgesetz nicht besonders bedroht und im Civil- oder Strafproceß nicht verfolgbar ist.

Aber nicht jede Gesetzesverletzung verpflichtet zur Anklage. Es ist denkbar, daß ein veraltetes Gesetz, dessen Aufhebung Jedermann gutheißen würde in einem gegebenen Falle, der wichtige Staatsinteressen berührte, von einem Minister verletzt wurde. Solche Verstöße, bei denen der Minister im voraus der Zustimmung der Kammern sicher sein kann, mögen ungerügt bleiben. Oder es kann sogar geschehen, daß ihnen nachträglich und ausdrücklich eine Billigung in Gestalt eine s. g. Indemnitätserklärung zu Theil wird. Somit handelt es sich bei der Ministeranklage nur um solche Gesetzesverletzungen, welche das Rechtsinteresse des Staates schädigen. Aber auch der subjective Thatbestand der ministeriellen Verfassungsverletzung ist nach der richtigern Anschauung der staatsrechtlichen Principien verschieden von demjenigen der gewöhnlichen Verbrechen, zu deren Bestrafung eine sittliche Verschuldung und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfordert wird. Zwar verlangen deutsche Gesetze, damit ein Minister zur Rechenschaft gezogen werden kann, ebenfalls den Nachweis eines gesetzwidrigen Vorsatzes oder doch grober Fahrlässigkeit. Hiervon sollte indeß höchstens die Strafe beeinflußt werden, soweit sie etwa den Charakter einer Criminalstrafe an sich tragen würde. Dem Verfassungsrecht genügt zu seiner Aufrechterhaltung der Ausspruch, daß eine Verletzung vorliegt; selbst der Rechtsirrthum, von den höchsten Berathern der Krone begangen, muß die Folge haben, sie zur weiteren Verwaltung ihres Amtes unfähig zu machen. Wo indessen wirklich eine Strafe ausgesprochen wird, folgt aus der Consequenz des ganzen Instituts der Ministerverantwortlichkeit, daß deren einseitige Aufhebung im Wege der landesherrlichen Begnadigung für unzulässig erklärt werden muß. Als wesentliche Folge eines derartigen zu einem positiven Ergebniß der Verurtheilung gelangten Staatsprocesses sollte überall der Amtsverlust eintreten; geringere oder schwerere, über diese Grenze hinausgehende Strafen würden entweder der staatsrechtlichen Wichtigkeit eines solchen Mittels der Rechtsvertheidigung widersprechen, oder einfach dem Strafrichter zu überlassen sein.

Als eine weitere höchst bedeutsame Schwierigkeit in der Durchführung der Ministerverantwortlichkeit ist die Bildung einer dem Rechtszweck angemessenen Urtheilsinstanz zu bezeichnen. Von vornherein ist hier daran zu erinnern, daß ein nicht geringer Bestandtheil des Verfassungsrechtes den Auslegungen der politischen Parteien anheimfällt und daher in der Anwendung besonders dann streitig wird, wenn das öffentliche Recht grundsätzlich der Cognition der Justiz entzogen, oder nur den formlos gegebenen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden überlassen wird. Ist letzteres der Fall, so erscheint es um so weniger gerechtfertigt, für die ohnehin sehr seltenen Fälle einer Ministeranklage den höchsten Gerichtshof des Landes als geeignete Urtheilsinstanz zu designiren (wie das Obertribunal nach der preußischen Verfassungsurkunde), wogegen ohnehin auch gewichtige, der Unabhängigkeit der Rechtspflege entlehnte Bedenken sprechen würden. Eine zweite dem nordamerikanisch-englischen Muster entnommene Hinweisung rechtfertigt die Urtheilsfällung als Attribut der ersten Kammer neben der Anklageerhebung als Attribut der zweiten. Allgemein annehmbar für alle Staaten ist indessen dieser Gedanke nicht; er paßt nicht für das in kleineren deutschen Ländern bestehende Einkammersystem, ebenso wenig aber auf diejenige Gestaltung des Zweikammersystems, welche uns in jeder Kammer grundsätzlich verschiedene, oder gar mit den Parteibildungen zusammenfallende Elemente in feindlicher Gegenüberstellung zeigt. Als eine letzte Möglichkeit ist endlich die vorwiegend schiedsrichterliche Qualität einer durch Vereinbarung der streitenden Theile gebildeten Urtheilsinstanz anzudeuten. Als höchste, durch jeden Gerichtshof zu befriedigende Anforderungen werden immer, also auch in den Fällen der Ministerverantwortlichkeit, bestehen bleiben: die sachverständige Vertrautheit mit der Praxis des Staatsrechts, die Unparteilichkeit, welche sich weder durch die Autorität der Krone, noch durch die entschieden geäußerten Wünsche einer Majorität blenden läßt, endlich jene Unbefangenheit, die befähigt ist, auch die eigne Meinung in politischen Parteifragen dem Anerkenntniß des positiven Rechtes unterzuordnen. Wo solche Elemente zu finden sind, ist eine Thatfrage.

(**Literatur:** R. v. Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit der Volksvertretung, 1837. — B. Constant, Cours de Politique constitutionelle p. E. Laboulaye, Paris 1861. — John, in der allgemein deutschen Strafrechtszeitung III., 1863. — Götz, ebendas. 1864. — C. Rößler, Studien zur Fortbildung der preußischen Verfassung, 2. Abthl. 1864, S. 36—96. — Kerchove de Deuterghem, De la responsabilité des ministres dans de droit public Belge, 1867. — Samuely, Das Princip der Ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen Monarchie, 1869, woselbst am Schlusse ein Literaturverzeichniß gegeben wird).

§. 25 Das Recht der Steuerbewilligung und der Finanzcontrole. Die Unverletzlichkeit des Privateigenthums wäre nach einer höchst wichtigen Seite hin gefährdet, wenn die Auferlegung von Abgaben und die Erhebung der Steuern in das Belieben der Staatsregierung gestellt wäre. Locke leitete daher das Recht der Volksrepräsentation aus der Natur des Privateigenthums her. Auch hatte in der That nicht nur der englische Parlamentarismus, sondern auch das continentale Ständewesen seine stärkste Wurzel in dem wachsenden, durch das Lehnswesen nur auf freiwillige Geldleistungen angewiesenen Bedürfniß des Staatshaushaltes. In der Gegenwart ist das allgemeine Recht des Staates, seine finanziellen Mittel aus den Beiträgen der Staatsbürger zu entnehmen und entsprechend deren Pflicht, zu den Staatslasten beizutragen, anerkannt. Das Maß und die Art der Leistungen aber darf von den Zufälligkeiten und Schwankungen der politischen Zweckmäßigkeiten nicht abhängig gemacht werden, vielmehr ist die Ordnung der Volkswirthschaft in ihrer Gesammtheit bedingt durch die feste Berechnung und Begrenzung der Staatsbedürfnisse, wie die Finanzverwaltung ihrem Erfolge nach bedingt ist durch die Schonung der wirthschaftlich thätigen Kräfte der Nation. Dazu tritt die Forderung, daß bei der Vertheilung, Erhebung und Verwendung der vom Staate zu beanspruchenden Gelder auch die Grundsätze des Rechtes und der relativen Gleichheit zu

wahren sind. Staatsvermögen, Volkswirthschaft und Privateigenthumsgebrauch sind in so innige Wechselbeziehung gesetzt, daß ein Zusammenwirken der verschiedenen, in diesen Kreisen thätigen Willensrichtungen als nothwendig begriffen werden mußte. Die Regeln, welche zur Bestreitung der staatlichen Geldbedürfnisse von der Erfahrung auf dem Gebiete der Volkswirthschaft und Staatsverwaltung gemeinsam an die Hand gegeben werden, bilden den Inhalt einer mit dem Verwaltungsrecht verschmolzenen Specialkunde: der Finanzwissenschaft, in welcher die leitende Idee dahin wirkt, daß jede Entziehung wirthschaftlicher Werthe des Volkes und der Einzelnen für den Staat gleichzeitig durch deren Verwendung für die Gesammtheit fruchtbringend zurückwirken muß auf das Leistungsvermögen der nationalen Kräfte. Was als Druck empfunden wird, muß auch als Sporn wirken, und jene Ueberspannung der staatlichen Anforderungen zeigt sich auf die Dauer nothwendig als Erschlaffung der im Volke arbeitenden Productionskräfte.

Das Recht der Volksvertretungen zur Mitwirkung und Controle auf diesem Verwaltungsgebiete entspricht somit gleichzeitig dem Wesen des Staates und den Lehren der Nationalökonomie, deren theoretische Ausbildung mit der freieren Verfassungsentwickelung der Neuzeit Hand in Hand geht. Seinem Gegenstande nach erstreckt sich dies Recht auf folgende Punkte:

1) Zunächst auf die Einführung neuer Steuern und auf jede Mehrbelastung des Volkes durch Aufnahme von Anleihen, ohne daß ein Unterschied zwischen directer oder indirecter Besteuerung in dieser Beziehung zu machen wäre.

2) Auf die Verwendung sämmtlicher für den Staat vereinnahmten Gelder, deren Anweisung in dem s. g. Budget oder Staatshaushaltetat zu prüfen und in den festgesetzten Finanzperioden (in großen Staaten also jährlich, in den älteren süddeutschen Verfassungen mehrjährig) in Form eines Gesetzes vorausbestimmt wird. Auf die eigenthümliche Natur dieser nur für eine Kalenderfrist geltenden und stets zu erneuernden Finanzgesetze ist durch die Theorie vielfach hingewiesen. Ihre Einrichtung gestattet es, sie gleichsam als eine legalisirte Wahrscheinlichkeitsrechnung der Einnahmen und Ausgaben zu bezeichnen, so daß die von unvorhergesehenen Thatsachen gelieferte Correctur nicht außer Acht gelassen werden kann. Hinterher nothwendig gewordene Mehrausgaben, auf neu hervorgetretenen Thatumständen beruhend, können deswegen nicht als Gesetzesverletzungen schlechthin behandelt werden, sondern meist in Gestalt der Etatsüberschreitungen unter Voraussetzung ihrer Angemessenheit genehmigt werden.

3) Die Prüfung der von der Staatsregierung über die Verausgabung der Staatsgelder zu legenden Rechnungen und die Entlastung der Regierung bezüglich der bewilligten Ausgaben, und der pflichtmäßig zu bewirkenden Tilgung der Staatsschulden.

Diese Finanz- und Steuerbewilligungsrechte der Volksvertretung fordern als nothwendig connexe Objecte der Mitwirkung ferner:

4) Die Genehmigung zur Veräußerung der Staatsgüter, insbesondere der Domänen und des fiscalischen Grundbesitzes.

5) Die Zustimmung zu solchen Staatsverträgen mit dem Auslande, welche den Staatsbürgern finanzielle Opfer auferlegen oder das Volksvermögen zu beeinträchtigen vermögen, daher vorzugsweise zu Handels-, Zoll- und Schiffahrtsverträgen, oder zur Uebernahme staatlicher Garantien für die von dritten Mächten zu bewirkenden Leistungen.

6) Die Gutheißung von Veränderungen in der Höhe des vom Staate bei Staatsanleihen adoptirten Zinsfußes.

Nicht überall ist die Begrenzung der der Volksvertretung zustehenden Befugnisse völlig klar gestellt. Eine sehr erhebliche Verschiedenheit waltet beispielsweise darin, daß die Forterhebung bereits bestehender Steuern in einigen Staaten gleichfalls der Zustimmung der Volksvertretung bedarf, in anderen Staaten dagegen nicht. Des in dem vierten und sech-

sten Punkte erwähnten Rechtes ist beispielsweise in der preußischen Verfassung nicht ausdrücklich gedacht, und ebenso ist die Anwendung des fünften Punktes auf einzelne Kategorien von Staatsverträgen streitig geblieben. Als eine eigenthümliche Beschränkung der in Preußen dem Landtage zugestandenen Functionen ist außerdem hervorzuheben: daß auch die Forterhebung gesetzlich eingeführter Steuern, von seiner Bewilligung unabhängig so lange geschieht, als wiederum im Wege des Gesetzes, d. h. unter Zustimmung der Krone die Aufhebung beschlossen worden ist.

Das Steuer- und Ausgabebewilligungsrecht ist hinsichtlich seiner Ausübung keine Sache der Willkür, der Vorliebe oder Abneigung für eine von der Staatsregierung in der Politik eingehaltene Grundrichtung. Die Verweigerung nothwendiger Einnahmen oder Ausgaben könnte höchstens eine Auslegung zulassen: als ein suspensiv gemeintes Mißtrauensvotum gegen ein Ministerium; ernstlich gewollt, würde eine solche Maßregel sich gegen den Staatsbestand selbst kehren. Eine allgemeine Steuerverweigerung, staatsrechtlich unbedingt unzulässig, wäre, wenn sie vorkommt, nur aus dem Gesichtspunkte der Revolution als Vertheidigungs- oder Angriffsmittel zu würdigen. Ebenso wenig ist die Verweigerung derjenigen Zahlungen statthaft, zu denen der Staat durch bestimmte, ihn verpflichtende Rechtsgeschäfte gehalten ist. Wenn es auch keinem Zweifel unterliegt, daß die Kammern alle für den Staat nothwendigen Aufwendungen zu bewilligen haben, so gehört doch die Prüfung der politischen Nothwendigkeit allerdings zu ihrer Competenz und ist daher der fehlerhaften Entscheidung ebenso zugänglich, wie die Bewilligung offenbar schädlicher oder ganz überflüssiger Ausgaben. Eine völlige, durch keine Rechtspflicht beschränkte Freiheit der Bewilligung waltet daher erst auf dem Gebiete der Nützlichkeiten, wo Für und Wider nach subjectiven Auffassungen abgemessen werden können.

Der zweiten Kammer ist, als der durch Wahl berufenen Vertretung der Steuerzahlenden naturgemäß ein Vorzugsrecht in der Festsetzung des Staatshaushaltes zuzugestehen, was (wie in Preußen) dadurch geschehen kann, daß sie Finanzgesetze zuerst prüft oder die ihr zugegangene Vorlage des Staatshaushaltes allein amendiren darf. Ohnehin würde bei einer complicirten Finanzverwaltung durch die Gleichberechtigung zweier Kammern in der Bewilligung einzelner Posten die Vereinbarung des nothwendig zu erledigenden Finanzgesetzes erheblich erschwert oder verzögert werden. Allerdings ist damit gleichzeitig zugegeben, daß der Einfluß der zweiten Kammer auf diejenigen Verwaltungseinrichtungen, deren Durchführung Geldmittel erfordert, ebenfalls ein vorwiegendes sein muß. Aus Anlaß der Budgetberathungen unterliegen sie mindestens der Kritik und Beschwerde in der Volksvertretung.

(**Literatur:** Hüllmann, Ursprung der Besteuerung, 1818. — Stahl, das Steuerverweigerungsrecht, 1849. — Fricker, die Natur der Steuerverwilligung und des Finanzgesetzes, Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft XVII., S. 636. — v. Hock, die öffentlichen Abgaben und Schulden, 1863. — Gneist, Budget und Gesetz nach dem constitutionellen Staatsrecht Englands mit Rücksicht auf die deutsche Reichsverfassung, 1867. — v. Czörnig, Darstellung der Einrichtungen über Budget, Staatsrechnung und Controle in Oesterreich, Preußen, Sachsen, Baiern, Würtemberg, Baden, Frankreich und Belgien, 1866).

§. 26. Die Gesetzgebungsrechte der Volksvertretungen. Daß Mitwirkung an der Gesetzgebung zu den wesentlichen Rechten der Volksvertretung zählt, wurde bereits gezeigt. Zu dem Zustandekommen des Gesetzes gehört also die Uebereinstimmung der Krone und der mehreren Factoren der Volksvertretung, wo solche bestehen. Hierdurch ist bei einigen Schriftstellern der Irrthum entstanden, als ob das Gesetz in constitutionell regierten Staaten die Natur eines Vertrages zwischen drei von einander unabhängigen Contrahenten habe. Daß dies unrichtig, zeigt sich zunächst schon darin, daß die Vorlage eines Gesetzentwurfes durch die Krone nach dessen Annahme noch nicht zur Publication verpflichtet (was in Beziehung auf das Bundespräsidium in Nord-

deutschland nach geschehener Annahme ein Gesetzes durch den Reichstag und den Bundesrath aus anderen Gründen allerdings der Fall sein würde). Ist eine Uebereinstimmung unter den Volksvertretungen und der Regierung nicht zu erreichen, so bleibt der bisherige Zustand unverändert, eine Consequenz, die zu besonderer Schwierigkeit und heftigem Streite führte, als es sich um deren Anwendung auf das jährliche Finanzgesetz in Preußen handelte, dessen Zustandekommen einmal ein nothwendiges ist und außerdem gewisse Veränderungen gegenüber den Finanzgesetzen einer früheren bereits abgelaufenen Periode stets in sich schließt. In Anbetracht solcher Schwierigkeiten, zu deren directer Beseitigung die preußische Verfassungsurkunde kein Mittel statuirt, haben mehrere deutsche Staatsgrundgesetze (z. B. Würtemberg, Hessen, Baden) Auskunftsmittel verordnet, welche den Zwiespalt der Kammern im Interesse der Gesetzgebung zu heben bestimmt sind: entweder Durchstimmungen unter Zusammenzählung der in beiden Kammern vorhandenen Majoritäten und Minoritäten, oder nach fruchtlosen Vereinigungsversuchen das Erforderniß einer besonderen Stimmenzahl in der verwerfenden Kammer, wenn zwischen der Regierung und der anderen Kammer Uebereinstimmung in Beziehung auf einen Gesetzesvorschlag besteht (Sachsen). Ein derartiges System kann als eine Uebergangsform zwischen dem Einkammersystem und dem Grundsatze der absoluten Gleichberechtigung beider Kammern nach dem Zweikammersystem aufgefaßt werden.

Der Antheil der Kammern an der Gesetzgebung ist nicht überall in Deutschland derselbe. Er ist bemessen entweder nach dem Maßstabe der Gleichberechtigung mit der Krone, oder nach dem Maßstabe der Vorberechtigung der letzteren; ersteres in Preußen, letzteres nach dem älteren Verfassungsrecht süddeutscher Staaten. Wo Gleichberechtigung besteht, hat jeder Factor der Gesetzgebung 1) Mitbestimmung, ohne jede Rücksicht auf den Gegenstand und Inhalt des Gesetzes, so daß unter dem Titel des Gesetzes eine Publication ohne Genehmigung der Kammern und deren Erwähnung überhaupt nicht geschehen kann. 2) Das Recht des Gesetzvorschlages (s. g. gesetzgeberische Initiative) und 3) das Recht der Verbesserung eingebrachter Gesetzesvorschläge (Amendirungsrecht) abgesehen von der zu Gunsten der zweiten Kammer bei Finanzgesetzen gemachten und bereits erwähnten Ausnahme. Zum Schutze der Majoritäten besteht überdies meistentheils der Grundsatz, daß einmal verworfene Gesetzesvorschläge in derselben Sitzungsperiode nicht noch einmal wiederholt werden dürfen. Für Annahme oder Verwerfung genügt bei Gesetzesvorschlägen die einfache Majorität in beiden Kammern; anders bei Verfassungsveränderungen, die durch das Erforderniß einer relativ stärkern Majorität erschwert werden sollen, was in der preußischen Verfassungsurkunde in geringerem Maße durch die Vorschrift einer zweimaligen Abstimmung mit einfacher Mehrheit erstrebt werden soll. Eines besonderen und völlig ausnahmsweisen Vorrechtes genießen die deutschen Staatsregierungen insofern, als sie provisorisch ohne Genehmigung der (nicht versammelten) Kammern in Nothfällen gesetzgeberische Anordnungen in der Form von Verordnungen treffen dürfen. An einer anderen Stelle (im Verwaltungsrecht) wird davon weiter die Rede sein. Außerdem steht der höchsten Staatsgewalt das Recht zu, über die Art und Weise der Ausführung eines bestehenden Gesetzes ihren Organen bindende Anweisungen (s. g. Ausführungsverordnungen) vorzuzeichnen. Aus diesem Grunde ist, um Verordnungs- und Gesetzgebungsrecht von einander zu trennen, von größter Wichtigkeit, theoretisch zu ermitteln: welche Rechte und Verpflichtungen nur im Wege der Gesetzgebung geschaffen oder aufgehoben werden können? Im allgemeinen ist darauf zu antworten: daß im Wege der Verordnung nur Normen aufgestellt werden können, welche, ohne dem allgemein für sämmtliche Staatsbürger verbindlichen Rechte zu widersprechen, besondere Obliegenheiten des Beamtenthums in dessen internem Verhältniß zur Staatsgewalt begründen sollen, alle anderen Normen hingegen der Gesetzgebung zufallen, oder begriffsmäßig zugehören sollten.

Eine Prärogative der höchsten Staatsgewalt bildet ferner die Befugniß, in einzelnen Fällen von der Anordnung des gemeinen Rechts Ausnahmen zu statuiren oder gewisse Specialrechte einzelner Personen zu schaffen, die auch Dritten gegenüber wirksam werden. Aus dieser, im älteren deutschen Staatsrecht als Privilegienhoheit bezeichneten Prärogative entstammt die Verleihung von Würden, Titeln und Auszeichnungen, von Patenten und von Corporationsrechten. An dem höheren Grundsatz der staatsbürgerlichen Gleichheit vor dem Gesetze gemessen, kann die Privilegienhoheit oder die Befugniß a lege zu dispensiren nur innerhalb der ihr im voraus gesetzten Schranken und in bestimmt bezeichneten Fällen als eine Reaction bloßer Nützlichkeitsmomente anerkannt werden. Steuerprivilegien und Monopole dürfen nicht ertheilt werden.

§. 27. Persönliche Rechte der Volksvertreter. Aus dem staatlichen Beruf der Volksvertretungen sind die besonderen Rechte ihrer Mitglieder abzuleiten. Irrig wäre es, dieselben als Privilegien aufzufassen, da sie vielmehr einfach als Mittel erscheinen zur Erfüllung eines als nothwendig anerkannten Zweckes. Bei der Abmessung dieser Berufsrechte gilt der Grundsatz, daß die Volksvertreter, um ihre Ueberzeugung unverfälscht zu erhalten, sicher zu stellen sind gegen bedrohliche Einwirkungen sowohl der Regierungsbehörden, wie auch der Wählerschaften. Daher als Folgerungen: die Unzulässigkeit der Criminaluntersuchungen und Verhaftungen außer bei einer Eingreifung in flagranti, das Verbot, die Stellung als Volksvertreter nach Uebernahme eines Staatsamtes oder einer Beförderung im Staatsdienste ohne Neuwahl fortzuführen, die Unabhängigkeit des Volksvertreters von Aufträgen oder Instructionen seiner Wähler, und das Verbot, Petitionen den Landtagen persönlich zu überreichen. Dagegen ist es eine rein politische, der staatsrechtlichen Theorie fremde Frage, ob die Volksvertreter Tagegelder empfangen sollen, oder nicht, wenngleich die Ausschließung der Tagegelder bei dem Zustandekommen der Norddeutschen Bundesverfassung eine wichtige Rolle spielte. Positiv-rechtlich pflegt in Deutschland diese Angelegenheit so geordnet zu sein, daß nur die Mitglieder der zweiten Kammern vom Staate Tagegelder beziehen.

Auch das ist kein dem Verfassungsrecht speciell angehöriger Satz, daß Kammermitglieder wegen ihrer Abstimmungen und Meinungsäußerungen in den Kammern nicht anders, als auf Grund der Geschäftsordnung zur Verantwortlichkeit gezogen werden können. Nur zur Vermeidung von Irrthümern oder zu Abwehr der Leidenschaft braucht ein solcher, an sich selbstverständlicher Satz in die Verfassungsurkunde eingezeichnet zu werden. Die strafrechtliche Unverantwortlichkeit auf dem Gebiete der Meinungsäußerungen ist für die staatsrechtlichen Functionen der Volksvertretungen ebenso wesentlich und immanent, wie monarchische Unverantwortlichkeit auf dem gesammten Gebiete der Staatshandlungen. Am allerwenigsten duldet die sprachliche oder juristische Logik eine Unterscheidung zwischen Meinungen und Aeußerungen, wenn freie Rede in Frage kommt.

§. 28. Aeußere Einrichtung, Versammlung und Geschäftsordnung der Kammern. Die Bildung und Zusammensetzung der Kammern läßt sich auf kein gewisses Rechtsprincip zurückführen. Der Werth der in Deutschland bestehenden, in sich verschiedenen Wahlsysteme und die Herstellung der ersten Kammern sind nur von höchsten politischen Gesichtspunkten aus zu prüfen. Eine Aufzählung oder Beschreibung der gegenwärtig geltenden Wahlgesetze, sowie der Regeln über actives und passives Wahlrecht hat für die juristische Betrachtungsweise des heutigen Staatsrechts geringe Bedeutung.

Abweichend von den älteren ständischen Einrichtungen fehlt (von einigen Ausnahmen in Deutschland abgesehen) nach neuerem Verfassungsrechte den Kammern das Selbstversammlungsrecht. Nur auf Berufung der Krone können sie sich versammeln, wobei pflichtwidrig unterlassene Berufung allerdings die einfache Folge der gesetzlich eintretenden

Berufung nach sich ziehen sollte, andernfalls sogar jede Ministerverantwortlichkeit in dem schwersten Falle des Verfassungsbruchs durch unterlassene Berufung illusorisch gemacht werden könnte. Um so mehr gilt dies von dem Standpunkte der juristischen Consequenz, als sogar willkürlichen Vertagungen durch die Staatsregierung und willkürlichen Verlängerungen der Neuwahlen nach geschehener Auflösung der Wahlkammern eine Schranke durch die Verfassungsurkunde gezogen zu sein pflegt (Art. 51. 52 der preußischen Verfassung). Für das Zweikammersystem gilt als natürliche Folge des Grundsatzes, der ihr Zusammenwirken und ihre Uebereinstimmung in der staatsrechtlichen Action der Gesetzgebung verlangt, die Regel der Gleichzeitigkeit in der Berufung, Eröffnung, Vertagung und Schließung, welche letztere, als Endpunkt der einer Sitzungsperiode obliegenden Geschäfte auch dann eintreten muß, wenn eine der Wahlkammern aufgelöst worden ist. In der Regel berathen und stimmen die Kammern in getrennten Sitzungen, wovon nur bei Solennitätsacten (Eröffnung) oder der Erledigung formaler Geschäfte eine Ausnahme zugelassen zu sein pflegt.

Zwischen dem Schluß einer Sitzungsperiode und dem Beginn einer neuen besteht keine Continuität, so daß nicht erledigte Geschäfte völlig von neuem reassumirt werden müssen. Die süddeutschen und einige norddeutsche Verfassungen haben indessen aus der altständischen Periode die in Preußen fehlende Einrichtung der ständischen Ausschüsse zur Vorbereitung oder Fortführung der den Landtagen obliegenden Gesetzgebungsgeschäfte während der Zwischenzeit beibehalten, wofür erhebliche Zweckmäßigkeitsgründe angeführt werden können.

Die Geschäftsordnung der Kammern, welche gleichsam den parlamentarischen Proceß und die formale Methode richtiger Beschlußfassung darstellt, ist zum Theil vorbedingend für den Werth der Berathungen und Abstimmungen. Ihre Wichtigkeit schien es früher zu rechtfertigen, den Landesherrn zu ihrer Festsetzung zu berufen oder doch mitwirken zu lassen. In Uebereinstimmung mit der richtigeren Ansicht, welche die Geschäftsordnung und die Wahl der Präsidenten als eine innere Angelegenheit berathschlagenden Versammlungen erachtet, entscheidet sich die Preußische Verfassungsurkunde dahin, daß die Staatsregierung der Bestimmung der geschäftlichen Ordnung fern bleibt. Erfahrung und Praxis geben hier die Regeln an die Hand, welche einerseits bestimmt sind, die Rechte der Minorität gegen die Mehrheit und umgekehrt zu vertheidigen, andererseits bezwecken, gegen Verschleppung und Ueberstürzung der Beschlußfassungen Vorkehr zu treffen. Gewisse Grundsätze der Geschäftsordnung erscheinen indessen so wichtig und für den Rechtscharakter der landständischen Verhandlungen so bedeutsam, daß deren Beobachtung und Aufrechterhaltung nicht in das Belieben der Kammern selbst gestellt bleiben darf. Diese sind in der Verfassungsurkunde selbst niederzulegen. Dahin gehören: 1) Die Oeffentlichkeit der Verhandlungen als Regel, von welcher nur unter besondern Umständen Ausnahmen zuzulassen sind. Auch garantirt das preußische Preßgesetz die Straflosigkeit wahrheitsgetreuer Berichte über die Kammerverhandlungen. 2) Die Legitimation und Vereidigung der Mitglieder, als eine wesentliche Voraussetzung für die Berechtigung der Stimmabgabe. Hierbei sind sehr verschiedenartige Vorsichtsmaßregeln gegen irrthümliche oder falsche Wahlresultate möglich. Nach der preußischen Verfassung prüft jede Kammer die Legitimation ihrer eigenen Mitglieder (selbst derjenigen Wahlen, die von keiner Seite angefochten werden auf Grund der Geschäftsordnung von Amts wegen), während anderwärts nur angefochtene Wahlen einer gerichtlichen Entscheidung unterliegen (England). 3) Die Zulassung von Regierungscommissarien zu den Landtagsverhandlungen. Endlich 4) die zur Beschlußfähigkeit nothwendige Ziffer der Anwesenden. Der Streitfragen, die sich aus der Auslegung und Handhabung der Geschäftsordnung ergeben, sind sehr viele. Dasselbe gilt von der Beurtheilung und Behandlung angefochtener Wahlen,

wobei die politischen Grundrichtungen meistentheils zur Geltung kommen. Für das Staatsrecht ist nur der eine Satz von erheblicher und grundsätzlicher Bedeutung, daß ungerügt gebliebene Verstöße gegen die Geschäftsordnung niemals die Ungültigkeit eines daraus hervorgegangenen Gesetzes zur Folge haben können. Dagegen ist es eine Streitfrage, ob ein Verstoß gegen die von der Verfassung selbst vorgezeichneten Regeln der Verhandlung (z. B. eine zur Beschlußfähigkeit nicht ausreichende Anzahl der Votirenden), wenn derselbe unzweifelhaft festgestellt ist, das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes auch nach geschehener Publication in Frage zu stellen erlaubt. Für das Studium der in den parlamentarischen Verhandlungen aufgesammelten Beobachtungen ist die englische Praxis von besonderer und geradezu unvergleichlicher Reichhaltigkeit. Der Nachahmung des Formellen steht hier nichts im Wege; nur diejenigen Regeln der Geschäftsordnung des englischen Parlaments würden unanwendbar sein, welche auf rein englischen, von unserem deutschen Staatsrecht verschiedenen Voraussetzungen beruhen.

(**Literatur**: Th. E. May, Das englische Parlament und sein Verfahren. Uebersetzt von Oppenheim, 1860. — Zade, Ueber Beschlußfassungen in Versammlung und Collegien, 1867. — Geschäftsordnung des englischen Unterhauses bei Erledigung öffentlicher Angelegenheiten. Uebersetzt von G. O. Oppenheim, 1867. — Geschäftsordnung des Norddeutschen Reichstages vom 6. Juni 1868 [Hirth, Annalen I, 913]).

V. Rechte der Gemeinden und Corporationen.

§. 29. Die Gemeinden. Die Rechte der Gemeinden, d. h. der politischen Corporationen zur Pflege der Interessen einer localen Gemeinschaft gehören nur zum Theil in das Verfassungsrecht; nur soweit nämlich, als ihr äußeres Verhältniß zur Staatsgewalt in Betracht kommt, oder den Gemeinden gegenüber gewisse Grundrechte der Staatsbürger gewährleistet werden sollen. Die inneren Angelegenheiten der Gemeinde bilden entweder einen Bestandtheil des Verwaltungsrechtes oder beruhen auf autonomischen Festsetzungen in Gemäßheit der Gemeindeordnungen. Welches Maß von Selbstständigkeit den Gemeinden eingeräumt werden soll, das bildet allerdings eine Frage von grundsätzlich weittragender Bedeutung. Es ist denkbar, daß der Staat die Gemeinde als ein Organ seiner eigenen Verwaltungsinteressen als s. g. Staatsanstalt wie in Frankreich benutzt und vom Standpunkte der Bevormundung oder der Wohlfahrtsinteressen aus regiert. Andererseits ist möglich, daß die Sphäre der Gemeinde aus der Gesammtheit der staatlichen Aufgaben ausgeschieden und völlig auf sich selbst wie im Mittelalter angewiesen wird. Die Erkenntniß der Unzuträglichkeit und Nachtheile, mit denen jede dieser Einrichtungen verbunden ist, hat zu der, durch den Hinweis auf England verstärkten Forderung der Selbstverwaltung der Gemeinden geführt. Die eigenen Aufgaben des localen Gemeinlebens müssen zunächst, soweit die Beurtheilung eines localen Thatbestandes zur Anwendung allgemein gesetzlicher Regeln erfordert wird, der Gemeinde überlassen bleiben. Bei der Abgrenzung der localen und darum communalen Angelegenheiten von den allgemein staatlichen kann allerdings nicht vermittelst einer mechanischen Trennung beider, sondern nur in der überall hinzutretenden Erwägung bewerkstelligt werden, daß der Gedanke der Volkseinheit auch in der Gemeinde, der Gedanke der localen Mannichfaltigkeit und der individuellen Berechtigung auch gegenüber der Staatsverwaltung zu wahren ist. Unter dieser Voraussetzung ist die Selbstverwaltung der Gemeinde als ein Grundsatz des neueren Verfassungsrechts ebenso sehr anzuerkennen, wie die Freiheit der einzelnen Person. Dabei ist man indessen nicht stehen geblieben. Auch die Verwaltung der staatlichen Angelegenheiten in unterster Instanz wird zwar nicht für die Gemeinde als Corporation, aber doch für Gemeindeangehörige als zur unentgeltlichen Uebernahme verwaltender Functionen Verpflichtete auf Grund staatlicher Ernennung in Anspruch genommen. Nach dieser Seite

hin bedeutet die Selbstverwaltung nicht communale Selbstständigkeit, sondern vielmehr die Basis der gesammten Staatsverwaltung selbst. Als zu dem natürlichen Rechtskreise der Gemeinde gehörig sind anzusehen: die Verwaltung des Gemeindevermögens, die Besetzung der Gemeindeämter, die Handhabung der äußeren Ordnung in der Polizei, die Armenpflege und das Elementarschulwesen, woraus sich von selbst ergibt, daß der Gemeinde auch die Befugniß gewährt werden muß, ihre Mitglieder selbstständig zur Bestreitung der Gemeindebedürfnisse zu besteuern. Die objective Grundlage dieser Functionen muß die Gesetzgebung klar stellen. Auch ist selbstverständlich, daß für den Fall des Uebergreifens über die der Gemeinde zustehenden Befugnisse oder ihres den Staat berührenden Mißbrauches ein Oberaufsichtsrecht der Staatsregierung nicht entbehrt werden kann. Dagegen ist jede Einmischung der Regierung bei fehlerhafter oder nachtheiliger Behandlung der Gemeindeangelegenheiten als solcher mit dem Princip der Selbstständigkeit der Gemeinden schlechthin nicht zu vereinigen. Die noch ungelösten Fragen der Gegenwart werden an einer anderen Stelle (im Verwaltungsrecht) dargelegt werden. Was das Verhältniß der Gemeinde zu ihren eigenen Mitgliedern betrifft, so versteht sich von selbst, daß die der Staatsgewalt gegenüber garantirten Grundrechte der Staatsbürger auch durch jene nicht verletzt werden dürfen. Eine besondere Schwierigkeit in dieser Hinsicht bot indessen nur die Freiheit der örtlichen Bewegung und des Gewerbebetriebes, welche vielfach mit dem Interesse der Gemeinde, die Lasten der Armenpflege durch Abwehr unvermögender Personen zu vermindern oder wenigstens nicht anwachsen zu lassen, zusammenstieß. Durch die Norddeutsche Bundesverfassung, welche den Grundsatz der Freizügigkeit anerkannte und die meistentheils aus dem Gemeinderecht hervorgegangenen polizeilichen Eheschließungsverbote beseitigte, ist das Recht des Einzelnen zu stärkerer Geltung erhoben worden und dem Gemeinderecht eine bis dahin fehlende Schranke an dem Inhalt des Bundesindigenats gegeben. Ebenso ergibt sich aus dem höheren Grundsatz der staatsbürgerlichen Freiheiten, daß der Erwerb des Gemeindebürgerrechts nicht von willkürlich zu stellenden Bedingungen der Gemeinde abhängig zu machen, vielmehr durch Aufstellung fester, von neuanziehenden Personen zu erfüllender Anforderungen zu normiren ist.

§. 30. Das Recht der nicht politischen Corporationen. Nicht nur den Gemeinden gegenüber ist das Eingreifen der Staatsgewalt beschränkt. Die neueren Verfassungsgesetze erkennen die durch den eigenthümlichen Zweck gebotene Selbstständigkeit auch anderen Corporationen zu, die ehemals in den Kreis der staatlichen Verwaltung hineingezogen waren. Dies gilt zunächst von den anerkannten und mit Corporationsrechten ausgestatteten Kirchengesellschaften, deren innere Organisation durch das katholische oder protestantische Kirchenrecht darzustellen ist. Wenn auch die völlige Selbstständigkeit der Kirche verfassungsmäßig anerkannt ist, so läßt sich freilich auch hier ein souveränes Nebeneinanderbestehen zweier Organisationen, einer weltlichen und einer geistlichen Macht in neuerer Zeit ebenso wenig durchführen, wie im Mittelalter. Dem Staat muß die Befugniß gewahrt bleiben, Uebergriffe der kirchlichen Behörde in sein eigenes Gebiet mit seinen Zwangsmitteln zurückzuweisen und von dem äußeren Leben der Kirche wie von dem Thun aller anderen Vereinigungen Kenntniß zu nehmen. Uebrigens ist in dem größten deutschen Staate die volle Selbstständigkeit nur der katholischen Kirche bisher eingeräumt, während der historische Zusammenhang zwischen dem Staat und dem protestantischen Bekenntnisse noch nicht gelöst worden ist. Aus der Freiheit und Selbstständigkeit der Kirche folgt übrigens nicht, daß dem Staate die Verpflichtung obliegt, kirchliche Neuerungen innerhalb der Kirchenverfassungen unbedingt anzuerkennen. Auch ist ihm nicht zu verwehren, einzelne Orden oder gar die Klöster als mit dem Grundprincip der heutigen Staatsgesellschaft unvereinbar durch Gesetz zu verbieten, und dem kirchlichen Erwerbe von Grundbesitz (s. g. todte Hand) Schranken zu setzen. In allen zweifelhaften

Fällen ist es Sache des Staates, die Competenz der Kirchengesellschaften seinerseits zu ordnen, und nicht zu dulden, daß unter dem Namen der kirchlichen Selbstständigkeit die Einheit seines Waltens durchbrochen werde. Aus diesem Gesichtspunkte erklärt sich auch, weswegen die äußere Stellung der Volksschule in den Verfassungsurkunden berührt wird. Die Art. 21 bis 26 der Preußischen Verfassungsurkunde handeln von den Grundsätzen, nach denen dieselbe einzurichten ist, soweit als hier das gegenseitige Verhältniß der drei nebeneinander wirkenden Factoren der Staatsgewalt, der Gemeinde und der Kirche in Betracht kommt.

(**Literatur**; Ueber die historische Entwickelung und den gegenwärtigen Zustand der deutschen Gemeindeverhältnisse s. O. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. I. Band [Rechtsgeschichte], 1868).

VI. Das Staatsbeamtenthum.

§. 31. Der Staasdienst. Die Lehre vom Staatsbeamtenthum bildet theoretisch und systematisch den Uebergang des Verfassungsrechtes zum Verwaltungsrechte. Es ist daher zulässig, davon entweder am Schlusse des ersteren oder in der Einleitung des letzteren zu handeln. Die leitenden Gedanken der Organisation und der dem Beamtenthum zukommenden Rechtsstellung werden in den Verfassungsgesetzen niederzulegen sein. Zunächst ist hierbei der Gesichtspunkt mitbestimmend, daß die Verletzungen der politischen Grundrechte der Staatsbürger meistentheils in Amtsüberschreitungen ihren Grund haben, deren besonderer Inhalt strafrechtlich gar nicht erschöpft werden kann und deswegen zu seiner Darstellung der Ministerverantwortlichkeit bedarf. Ebenso wichtig ist aber, daß auch die Erfüllung des Gesetzes in der öffentlich rechtlichen Ordnung auf das Beamtenthum zunächst angewiesen ist. Verletzung und Ausführung der Verfassungen, in einem Worte ihre wirksamste Garantie beruht auf der Ordnung des Beamtenthums, als des wichtigsten, allgemeinsten und unentbehrlichsten Werkzeugs für die gesetzmäßige Realisation der Staatshandlungen. Da deren zweckentsprechender Erfolg wesentlich bedingt ist von der Macht eines einheitlich leitenden Willens, so ist die Verknüpfung des Staatsbeamtenthums mit dem Ausgangspunkte der gesammten Staatsverwaltung und dadurch mit dem ständigen Factor der Gesetzgebung unumgänglich nothwendig. Hieraus erklärt sich, daß in Monarchien der Fürst als die Quelle der Ehren und Aemter bezeichnet wird; da indessen nur die allgemeinen Befugnisse der Innehabung des Amtes, nicht aber der Grund und die Art des Amtsgebrauchs aus der monarchischen Person hervorfließen, wäre es sehr bedenklich, die Beamten als Gehülfen des Monarchen im juristischen Sinne aufzufassen. Niemand ist an sich verpflichtet, sich helfen zu lassen, am wenigsten aber dauernd eine Unterstützung durch fremde Kräfte anzunehmen. Durch die Vorstellung der Hülfsbedürftigkeit würde in ihrer eigenthümlichen Sphäre die Würde des monarchischen Amts, wie umgekehrt durch die Vorschrift der Hülfsleistung zur Ausführung eines persönlichen Willens die objective Macht des Beamtenthums abgeschwächt und verdunkelt werden.

Bis zum Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts war der juristische Charakter des Staatsamtes unklar geblieben. Das kanonische Recht hatte dafür innerhalb ihres kirchlichen Wirkungskreises die Formel der göttlichen Mission und der besonderen Weihe als Muster aufgestellt, das Lehnrecht die Uebertragung der patrimonialen Erblichkeit von Grund und Boden auf die Amtsrechte in den Erbämtern (Patrimonialjustiz, gutsherrliche Polizei) versucht; die Herrschaft des römischen Privatrechts die Aehnlichkeit einzelner Rechtsgeschäfte (z. B. Mandat, Dienstmiethe oder bittweise Besitzübertragung) zur Beschreibung des Rechtscharakters benutzt. Erst indem man einsah, daß die nationalökonomische Seite des Staatsdienstes, in dem Anspruch auf Gehalt liegend, juristisch ebenso wenig entscheidend sei, wie die Beziehung auf die persönlichen Bedürfnisse des Fürsten, der

Schwerpunkt des Amts vielmehr in der ständigen und berufsmäßigen Ausführung des Gesetzes und folglich des Staatswillens zu suchen sei, gewann man den richtigen Ausgangspunkt. Schon im Preußischen Landrecht ist derselbe deutlich vorgezeichnet, indem die Inhaber des Amts überall „Staatsdiener" genannt werden. Wenn solche in der Praxis die Bezeichnung als königliche Beamte erhielten, so ist dies gerechtfertigt durch die Erwägung, daß im weitesten Sinne das Amt, weil auch auf den Dienst der Gemeinde, der Kirche, der Corporationen und anderer Genossenschaften anwendbar, seiner besonderen Natur nach näher zu unterscheiden ist.

Während der Staatsgewalt gegenüber das Amt vorzugsweise als Verpflichtung zur Erscheinung kommt, wirkt es den Staatsbürgern gegenüber in erster Linie als Berechtigung zur Ausführung des Gesetzes und zur Anwendung des etwa erforderlichen Zwanges gegen Widersetzliche. Somit bedeutet das Amt: Berechtigung und Verpflichtung einer bestimmten Person zur Vornahme gewisser, auf den Staatszweck bezogener, gesetzlich vorgeschriebener oder zulässiger Handlungen.

Mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit des Gegenstandes, auf welchen sich die Amtshandlungen richten, sind im Beamtenthume selbst verschiedene Classen von Beamten zu unterscheiden; denn das Gesetz der Arbeitstheilung beherrscht auch den Staatsdienst auf den höheren Stufen der Entwickelung. Innerhalb dieser Classen können wiederum besondere Normen, als Abweichungen von dem dem Beamtenthum zustehenden Durchschnittsmaß amtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen Geltung beanspruchen. Unter der Voraussetzung der Trennung von Kirche und Staat und folglich des Ausscheidens der Geistlichen aus dem Staatsbeamtenthume, pflegt man insbesondere auseinander zu halten: Militärbeamte (im weitesten Sinne alle zur Armee gehörigen und für Zwecke des Heerdienstes ausschließlich thätige Personen) und Civilbeamte; unter den Civilbeamten weiterhin: richterliche und Verwaltungsbeamte; und endlich unmittelbare oder mittelbare Staatsbeamte, als welche man die Communalbeamten beispielsweise zu betrachten pflegt. Innerhalb dieser Kategorien besteht keineswegs ein und dasselbe Abhängigkeitsverhältniß von der Staatsgewalt; es ist am schärfsten ausgeprägt im Heerwesen; dessen Angehörige einen besondern, nur auf den Kriegsherrn, nicht auch auf die Beobachtung der Verfassung gerichteten Eid schwören, und einer weitgehenden Disciplinargewalt ihrer Vorgesetzten unterworfen sind, abgesehen davon, daß sie in Strafsachen überhaupt noch nicht theilhaben an den Garantien, welche für Staatsbürger in Proceßsachen fast als unentbehrlich gelten. Auf der anderen Seite ist den richterlichen Beamten das größte Maß von persönlicher Unabhängigkeit gewährleistet. Die Rechtspflege von den Einwirkungen der Regierung und des Parteigeistes frei zu halten, bildet eine der wichtigsten Aufgaben des neueren Verfassungsrechtes; ihre Unabhängigkeit den obersten Grundsatz des Proceßrechtes und der Gerichtsverfassung. Eingriffe des Staatsoberhauptes in die Rechtspflege werden gegenwärtig überall als verwerfliche Cabinetsjustiz erachtet; keine Instruction kann das richterliche Gewissen binden, keine Verordnung die Regeln des Processes verändern. Aber meistentheils ist nur nach der einen Seite hin die richterliche Unabhängigkeit dadurch gesichert, daß directe Nachtheile für eine mißliebige Amtsführung vom Richter fern gehalten werden sollen, während durch persönliche Bevorzugungen im Anstellungswesen derselbe, für das richterliche Amt nachtheilige, Erfolg herbeigeführt werden könnte.

§. 32. Verpflichtung und Berechtigung der Beamten gegenüber der Staatsgewalt. Die Verpflichtungen des Beamten lassen sich auf zwei Hauptpunkte zurückführen: auf die besonders aufmerksame Erfüllung alles dessen, was den allgemeinen oder besonderen Inhalt seines Amtes ausmacht und die Unterlassung alles dessen, was der Würde und dem Ansehen des Amtes in der öffentlichen Meinung der Staats-

bürger und seiner Amtsgenossen Eintrag thun könnte. Gewisse gröbste Zuwiderhandlungen gegen das staatliche Aemterrecht (z. B. Bestechung) pflegen in allen Strafgesetzbüchern mit Strafe bedroht zu sein. Andere unterliegen einem besonderen Rügeverfahren, welches in Disciplinargesetzen geordnet ist, wobei selbstverständlich jene bereits bemerkbar gemachte Verschiedenheit in der Weise hervorzutreten pflegt, daß Disciplinarstrafen gegen Militärpersonen in formlosester Zuerkennung, gegen richterliche und Verwaltungsbeamte nur nach einem processualischen Rechtsgang erledigt werden. Eine erschöpfende, mit genauer Beschreibung des Thatbestandes verbundene Aufzählung solcher Zuwiderhandlungen ist nicht möglich. Von Wichtigkeit ist jedoch, daß sich die Staatsregierung weder um reine Privatangelegenheiten noch um die Ausübung der allgemein staatsbürgerlichen Grundrechte zu bekümmern hat; es kommt überall nur darauf an, daß die sittliche Integrität des Amts in der Oeffentlichkeit gewahrt werde. Die Verpflichtung zum Gehorsam gegen Vorgesetzte, ein besonders wichtiges Moment im Staatsdienste, wird durch dieselbe Rücksicht beschränkt. Niemand braucht sich hinsichtlich seiner häuslichen Angelegenheiten, seiner Familienverhältnisse, seiner Religionsübung dienstlichen Vorschriften zu fügen, oder einen Befehl auszuführen, welcher gegen Recht und Verfassung streitet. Die aus dem Verfassungseide erwachsende Verpflichtung des Beamten ist zwar häufig verschieden ausgelegt worden; doch ist mit Bestimmtheit anzunehmen, daß bei rein politischen, gegen kein allgemeines Strafgesetz verstoßenden Rechtsverletzungen der Beamte durch einen ihn dazu anweisenden Befehl gegen unmittelbare persönliche Verantwortlichkeit gedeckt wird. Andererseits kann niemals strafbare Insubordination als Vergehen angenommen werden, wenn ein Beamter einem verfassungs- oder gesetzwidrigen Befehl den Gehorsam verweigert. Die Berufung auf sittlich-rechtliche Pflichten steht ihm zur Seite, wenn er sich der Mitwirkung an der Ausführung des als gesetzwidrig Erkannten entzieht und auf die Gefahr, sein Amt zu verlieren, bei seiner Ueberzeugung verharrt.

Die private Rechtssphäre der Beamten kann von Staats wegen nur soweit beschränkt werden, als für die Erfüllung der Amtszwecke nothwendig erscheint. Hierbei ist allerdings der Auslegung ein breiter Spielraum gelassen. Das Aemterrecht in Deutschland ist meistentheils in mittleren und kleineren Staaten in der Beschränkung der Beamten weiter gegangen, als in Preußen. Neuerdings ist mit dem Aufkommen der Parteibewegungen im öffentlichen Leben die Frage wichtig geworden: welche Stellung dem Beamten bei politischen Wahlen oder in dem Ausdruck seiner politischen Gesinnung rechtlich vorgezeichnet sei. Während von einigen Seiten beansprucht wird, daß jeder Beamte für die herrschende Partei thätig werde, haben Andere zu zeigen unternommen, daß ihm ein völlig passives Verhalten am besten gezieme; eine dritte Ansicht gestattet ihm einen völlig unbeschränkten Gebrauch des allgemein staatsbürgerlichen Rechts der Meinungsäußerung. Aus dem Begriffe des Staatsamtes folgt zunächst, daß der Staatsdiener niemals seine öffentlich rechtlichen Befugnisse für oder wider eine Partei zu brauchen berechtigt oder verpflichtet sein kann, ohne daß hier irgendwie eine Unterscheidung zwischen herrschenden oder unterliegenden Parteien zu gestatten wäre. Die Grenze zwischen dem Parteiinteresse und den Regierungspflichten wird nicht immer scharf zu ziehen sein, wenn einmal bestimmte Regierungsgrundsätze zu Parteifragen des Staatslebens geworden sind. Doch kommt es hier überhaupt nur darauf an, den richtigen Grundsatz aufzustellen und daran die Forderung zu knüpfen, daß das Aemterrecht für gewisse höhere Amtsstellungen mit dem Wechsel der Ministerien lieber eine Aenderung in den Personen eintreten lasse, als einen Wechsel der Ueberzeugungen verlange. Auf der anderen Seite kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Abweichung der politischen Gesinnungen niemals ein Grund sein kann, um sich der Ausführung eines ordnungsmäßig ertheilten Befehles zu entziehen, dessen Zweckwidrigkeit oder Nachtheil dem Auftraggeber allein zur Last fallen würde.

Wenngleich die Verpflichtung des Beamten gegen seine vorgesetzten Behörden in dem ganzen Zusammenhange des Aemterrechtes besonders stark betont wird, so darf dennoch die Seite der Berechtigung des Angestellten gegenüber der Staatsgewalt keineswegs übersehen werden. Der Beamte hat einen Anspruch auf das von ihm verdiente, oder ihm doch gültig zugesagte Gehalt. Er ist ferner geschützt gegen willkürliche Entlassungen und Suspensionen. Das Gesetz ordnet die Gründe und Formen der Entlassung theils mit Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit der Staatsverwaltung, theils in Anknüpfung an rechtliche Verschuldungen des Beamten selbst, theils endlich in Erwägung der persönlichen Vertrauensverhältnisse. Daß Minister als Rathgeber der Krone jederzeit entlassen werden können, ist nur eine Consequenz ihrer eigenthümlichen Stellung an der Spitze der gesammten Staatsverwaltung. Einige andere Beamtenclassen, bei denen die volle Uebereinstimmung der politischen Zielpunkte mit der obersten Staatsleitung wünschenswerth ist, können unter Vorbehalt der Wiederanstellung mit vermindertem Gehalt „zur Disposition" gestellt werden, ohne daß ein förmliches Verfahren zur Ermittelung der Thatfrage erforderlich wäre. Sonstige Gründe, welche die Entlassung gegen den Willen des Beamten herbeiführen können, sind: Verurtheilung zu einer gemeinen Strafe, insofern nicht der Amtsverlust selbst die nothwendige Folge eines Criminalverbrechens oder der entehrenden Strafe ist, schwere Verstöße gegen die Disciplin nach vorangegangenem rechtlichen Gehör und körperliche Unfähigkeit zur Wahrnehmung der amtlichen Functionen. Im Zusammenhang mit diesem Verhältnisse steht das staatliche Pensionswesen, welche bis in alle Einzelheiten durch Gesetz geregelt zu sein pflegt. Die Entlassung aus dem Staatsdienste begehren zu dürfen, gehört ebenfalls zu den Rechten des Beamten. Von ausnahmsweisen Verhältnissen (wie Kriegführung) abgesehen, besteht keine Verpflichtung zur Uebernahme oder Fortführung von Staatsdiensten. Nur versteht sich von selbst, daß durch das Entlassungsgesuch die Erfüllung bereits begründeter Obliegenheiten aus der Amtsführung nicht hintertrieben werden darf. Noch viel weniger ist eine einseitige Einstellung der amtlichen Thätigkeit zulässig.

(Vgl. in Preußen: Gesetz vom 7. Mai 1851, betr. die Dienstvergehen der Richter und die unfreiwillige Versetzung derselben. — Gesetz vom 21. Juli 1852, betr. die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten.)

§. 33. Berufung zum Staatsdienste. Für die Begründung der staatsamtlichen Rechte und Pflichten hat man unter der Herrschaft der privatrechtlichen Analogie ehemals die Formel des Contracts oder des s. g. Anstellungsvertrags angenommen. Gegenwärtig faßt man fast allgemein, obwohl eine Uebereinstimmung des Willens bei der Begründung des Amtsverhältnisses zwischen dem Angestellten und der Staatsgewalt vorausgesetzt wird, den Berufungsact unter dem Gesichtspunkte der öffentlich rechtlichen Verordnung auf, womit juristisch gesagt sein soll: daß die Verpflichtung zur Wahrnehmung bestimmter Pflichten auf Seiten des Beamten und die Berechtigung der Staatsgewalt, Gehorsam zu fordern, nicht aus der materiellen Uebereinkunft und dem präsumtiven Consens der unmittelbar betheiligten Personen, sondern vielmehr aus der Function des Staatsamtes selbst hergeleitet werden müssen. Hieraus ergibt sich beispielsweise, daß Verwaltungsbeamte sich sowohl eine Veränderung in der Art der Dienstleistungen (unter Voraussetzung einer dazu vorhandenen Befähigung), als auch in der Anweisung des Dienstortes, sofern dadurch der privatrechtlich erworbene Anspruch auf ein bestimmtes Gehalt nicht verkürzt wird, gefallen lassen müssen. Das Bedürfniß der Staatsverwaltung ist hier überall der zunächst entscheidende Gesichtspunkt, welchem das persönliche Interesse des Beamten selbst durchaus untergeordnet ist. Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel wird indessen wiederum gefordert durch die besondere Natur des richterlichen Amtes, dessen Unabhängigkeit durch Versetzung Widerwilliger erheblich bedroht sein würde. Nur im Zusammenhange mit einer durchgreifend veränderten Gerichtsorganisation könnte eine Nö-

thigung gegeben sein, auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung von dieser Regel abzuweichen; denn auch die (in Preußen vorkommende) Versetzung richterlicher Beamten zur Strafe für disciplinare Verstöße steht im Widerspruch mit der Würde des richterlichen Amtes. Der Charakter der Freiwilligkeit in der Ausübung dieser weniger auf das Vertrauen der Regierung, als der Rechtsuchenden angewiesenen Stellung würde dadurch bedroht, wenn nicht verletzt erscheinen.

Der gleiche Unterschied zwischen richterlichen Aemtern und anderen Berufskreisen tritt auch in den Vorbedingungen der Anstellung selbst hervor. Negativ ist zwar die Staatsgewalt ganz allgemein insoweit gebunden, als nach dem Grundsatz der staatsbürgerlichen Gleichheit die Staatsämter allen Befähigten offen zu halten sind, kein Befähigter also von der Bewerbung überhaupt ausgeschlossen werden darf. Die Befähigung selbst jedoch, mit Rücksicht auf die für einzelne Staatsämter wünschenswerthen Eigenschaften der Person näher zu bestimmen, ist Sache der Staatsregierung. Sie hat zu erwägen, welche Merkmale der intellectuellen oder moralischen Tüchtigkeit von den Bewerbern nachzuweisen sind und wie dieser Nachweis erbracht werden kann, ob je nach der Anzahl der Bewerbungen die Anforderungen zu steigern oder im Interesse des Staatsdienstes vorübergehend herabzusetzen sind, ob sie einen derartigen Nachweis allgemein verlangen oder ausnahmsweise erlassen will. Prüfungsordnungen zu erlassen und außer Anwendung zu setzen, ist ihre Sache und Gegenstand ihrer Verantwortlichkeit. Was jedoch das richterliche Amt anbelangt, so müssen andere Rücksichten in Erwägung gezogen werden. Die Unabhängigkeit wäre von vornherein in der Person des Richters gefährdet, wenn er der Staatsregierung zeitlebens verpflichtet bliebe wegen einer Befreiung von lästigen Vorschriften, die regelmäßig zu erfüllen sind, ehe das Amt verliehen wird. Probeweise Anstellungen auf Widerruf, an sich betrachtet vielleicht das sicherste Mittel, die Befähigung einer Person zur Amtsführung deutlich zu erkennen, wären aus gleichem Grunde entschieden zu verwerfen. Aus dem Grundprincip der richterlichen Unabhängigkeit ist deswegen auch hier die Consequenz zu ziehen: Lebenslange unwiderrufliche Anstellung auf Grund einer nach Vorschrift des Gesetzes dargethanen Befähigung, deren Nachweis durch Dispensationen nicht erlassen werden kann. Diese Regeln beziehen sich selbstverständlich nur auf das monarchische Staatsrecht, dessen Entwickelung in Deutschland sich schon in der absoluten Periode dadurch kennzeichnet, daß dem Beamtenthum eine Sicherung seiner Stellung um so mehr dargeboten werden soll, als berufsmäßige und fachwissenschaftliche Ausbildung die Grundlage des Aemterrechtes bilden. Umgekehrt ist dem republikanischen Staatsrecht von jeher eigenthümlich, daß neben dem Verzichte auf fachmäßige Vorbereitung zum Staatsdienste auch die kürzere Dauer der durch Wahl bewirkten Verleihungen steht und durch die Aussicht der Wahlerneuerungen ein viel stärkeres Abhängigkeitsverhältniß der ökonomisch auf das Amt angewiesenen Personen geschaffen wird. Trotz mannichfacher Inconsequenzen und Unvollkommenheiten in der Wahrung richterlicher Unabhängigkeit, welche der neueren Staatspraxis vielfach unbequem ward, läßt sich jedenfalls nicht leugnen, daß die Festigkeit der Amtsstellungen zu den besonders hervortretenden Merkmalen der deutschen Staatsrechtsentwickelung zählte. In viel geringerem Maße gilt dies von solchen Functionen, welche der Staat zuweilen ohne innere Berechtigung, wie beispielsweise die Advokatur, in den Kreis seiner Verwaltung hineingezogen oder aus Mißtrauen gegen die Gemeindeverwaltung seiner mittelbar geübten Herrschaft unter dem Titel des Bestätigungsrechtes unterwirft. Das Princip der freien Advokatur nimmt im Zusammenhange der gerichtlichen Organisationen jedenfalls eine so bedeutende Stelle ein, daß dessen Anerkennung in den Staatsgrundgesetzen im Vergleich zu anderen, das Aemterrecht berührenden Festsetzungen vollkommen gerechtfertigt sein würde.

Nicht nur die Verleihung der unmittelbaren Staatsämter gehört zu den Privilegien der Krone, welche in den minder wichtigen Fällen und bei niederen Amtsstellungen ihre Befugnisse zu delegiren pflegt. Auch die Organisation der Behörden nach ihrem stehenden Zusammenhange, ihrem Unterordnungsverhältniß und ihrem Geschäftsgange fällt in ihren Rechtskreis, vorbehaltlich der zu Geldaufwendungen nothwendigen Zustimmung der Volksvertretung. Doch gilt auch hier jener fundamentale Unterschied zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Zuvörderst erscheint der Proceß, welchen die Gerichte in Anwendung zu bringen haben, nicht als formaler Geschäftsgang, sondern vielmehr als eine das materielle Recht bedingende Methode der Anwendung, und deswegen durchaus ungeeignet unter die Objecte des Verordnungsrechtes subsumirt werden. Als wesentliche Grundlage des Processes hinwiederum bewährt sich die Gerichtsverfassung, deren allgemeine Normen daher nothwendig in den Verfassungsurkunden selbst niederzulegen sind Als solche sind insbesondere zu verzeichnen:

1) Die Einheit der Rechtsprechung als eine Folgerung aus der Einheit des Gesetzes und in gewissen Richtungen sogar auch der Gleichheit vor der Gesetzesanwendung (Art. 92 der Preußischen Verfassungsurkunde, mit welchem in ideellem Widerspruch die Herstellung eines Oberappellationsgerichts für die 1866 einverleibten Provinzen steht).

2) Die Einheit der Gerichtsherrlichkeit, durch welche eine Verleihung der Rechtspflege an Privatpersonen oder Communen ausgeschlossen wird. (Rechtsprechung im Namen des Landesherrn.)

3) Die Mitwirkung der Geschwornen bei der Entscheidung gewisser Straffälle, entweder der schwersten oder der politischen und mittelst der Presse begangenen Vergehen. Fast alle Verfassungen, die während der Jahre 1848 und 1849 entstanden, hatten den deutschen Grundrechten diesen Satz entlehnt, welcher keineswegs nur als eine Garantie der staatsbürgerlichen Freiheit, sondern gleichzeitig als Consequenz einer von Parteibestrebungen und Regierungseinflüssen thunlichst unabhängigen Justiz aufzufassen ist. Die spätere Gesetzgebung in der Mehrzahl der deutschen Staaten, zu denen auch Preußen zählte, hat die Geschwornengerichte nicht nur von der Beurtheilung politischer Straffälle wiederum verdrängt, sondern auch theilweise durch Herstellung besonderer s. g. Staatsgerichtshöfe ersetzt (preußisches Gesetz vom 25. April 1853).

4) Der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens (von welchem indessen die Militärstrafgerichtspflege des Norddeutschen Bundes, beruhend auf einer veralteten Gesetzgebung vom Jahre 1845 nicht berührt worden ist).

5) Die Ausübung des Begnadigungsrechts, welches in der Mehrzahl der deutschen Verfassungsurkunden gegenständlich nicht näher definirt ist, wohl aber in Preußen und Baiern sich nicht auf die Niederschlagung bereits eingeleiteter Untersuchungen erstrecken darf, welche zu verordnen der Gesetzgebung vorbehalten bleibt.

Außerhalb der für die Uebertragung des Richteramtes geltenden, nicht willkürlich zu ändernden Regeln kann der Monarch in der Auswahl der zu ernennenden Personen beschränkt sein durch Präsentationsrechte der Collegien und Corporationen. Wo persönliches Vertrauen derjenigen, die in unmittelbarer Berührung mit den Beamten treten, einen wesentlichen Factor der erfolgreichen Amtswirksamkeit ausmacht, kann die Präsentation als ein im voraus ertheiltes Vertrauensvotum oder als Gegengewicht gegen die heimlich wirkenden Einflüsse der Stellenvergebung von Bedeutung werden.

Die Formen der Ernennung sind in Deutschland nicht überall gleichmäßig geordnet. Da jede Ernennung indessen einen Regierungsact darstellt, ist unzweifelhaft bei solchen Berufungen, die von dem Monarchen selbst ausgehen, Contrasignatur eines Ministers erforderlich. Nur bei der Ernennung der Minister selbst kann der Zweifel begründet er-

scheinen, ob dies Erforderniß nicht möglicherweise das Recht des Monarchen, Minister zu ernennen, vereiteln würde, wenn sich unter den zu entlassenden Ministern Niemand bereit finden ließe, seine Unterschrift zu einem solchen Zwecke darzuleihen. Ueberall übliche Form ist: die Vereidigung der Staatsdiener auf die Erfüllung der im Amte liegenden Pflichten, die persönliche Treue gegen den Monarchen und nach constitutionellem Staatsrecht auch auf die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung. Auf einen Unterschied zwischen dem Fahneneide der Soldaten und dem Amtseid der im Civildienste angestellten Personen ist bereits hingewiesen. Uebrigens ist der Eid eine Bekräftigung, nicht der Entstehungsgrund der Amtspflichten, deren Ausübung und Rechtswirkung, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, nicht von der vorgängigen Ableistung bedingt ist. Auf der anderen Seite wird auch die Verletzung übernommener Amtspflichten ohne Rücksicht auf deren eidliche Bekräftigung zu strafen sein. Die zum Monarchen gegebene Beziehung der persönlichen Treue der Beamten kann dadurch ausgedrückt sein, daß bei jedesmaliger Thronerledigung der Eid zu wiederholen ist. Mit dem Wegfall des persönlichen Herrscherrechts endet naturgemäß auch die Verpflichtung aus dem Eide gegen den abdicirenden Monarchen. Nach der richtigen, von theologischer Seite zuweilen angefochtenen Rechtsansicht kann auch ein vertriebener Monarch, nachdem sich eine neue Staatsgewalt constituirt hat, aus dem Staatsdienereide seine Verpflichtung zum Gehorsam gegen seine Befehle herleiten. Endlich ist daran zu erinnern, daß Ernennungen, um Dritten gegenüber wirksam zu werden und zur Befolgung der Amtsbefehle zu verpflichten, der öffentlichen Bekanntmachung bedürfen.

(**Literatur**. Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, 1808. — Perthes, Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht, 1838. — Pfeiffer, Die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, 2. Aufl., 1865.)

§. 34. Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber den Staatsbürgern. Dem Bestreben, die Einheit der Staatshandlungen auch gegen die etwa im Beamtenthum selbst möglichen Rechtsbedenken zu wahren, ist es vielfach zuzuschreiben, daß neben der Steigerung der disciplinaren Verantwortlichkeit des Beamtenthums innerhalb der Verwaltungsinstanzen eine ausnahmsweise Verminderung des allgemeinen Rechtsschutzes gegen Uebergriffe der Staatsdiener gesetzlich sanctionirt ward. Aus diesem, in der Natur der absoluten Monarchie begründeten Gesichtspunkte einer mindestens theilweisen Uebertragung politischer Verantwortlichkeit auf den Beamten erklärte sich die ehemals bestehende Privilegirung bezüglich des Gerichtsstandes, sowie die Erschwerung der strafgerichtlichen Verfolgungen. Die Spuren dieser privilegirenden Gesetzgebung sind noch nicht völlig verwischt. Wenn beispielsweise in der preußischen Verfassungsurkunde das ältere Recht, wonach eine Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde zur Criminalverfolgung gegen Beamte erfordert wurde, beseitigt ward, so wendete man dennoch in ganz unzulässiger Weise den Gedanken der Trennung der Justiz von der Verwaltung auch auf die Haftbarkeit des Beamten für die Uebertretung der allgemeinen Strafgesetze an. Dies geschah in der Weise, daß man den Administrativbehörden die Befugniß einräumte, sowohl in Civil- als in Criminalprocessen gegen einen Beamten, welcher in Veranlassung der Ausübung des Amtes oder in der Ausübung des Amtes selbst sich einer Handlung oder Unterlassung im Widerspruch gegen die allgemeine Rechtsordnung schuldig gemacht, den Competenzconflict zu erheben und damit die Vorfrage, ob eine zur gerichtlichen Verfolgung „geeignete" Ueberschreitung der Amtsbefugnisse gegeben sei, den ordentlichen Gerichten zu entziehen (preußisches Gesetz vom 13. Februar 1854). Die civile und criminelle Verantwortlichkeit der Beamten gegenüber den von ihnen beschädigten Personen

ist hiernach zu einer Zweckmäßigkeitsfrage administrativer Gattung herabgesetzt. Die Unterscheidung solcher Verletzungen, welche sich zur gerichtlichen Behandlung eignen und solcher, welche sich nicht eignen, ist nach objectiven Regeln nicht durchzuführen. Durch eine von den Anweisungen der Justizverwaltung durchaus abhängige Staatsanwaltschaft ist aber außerdem noch der Rechtsschutz gegen Delicte der Beamten erheblich verringert. Den mäßigsten Anforderungen des Rechtsstaates entspricht ein derartiger Zustand sehr wenig. Er verleugnet die nächstliegenden Schlußfolgerungen aus dem Princip der Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung, welches in der Uebernahme des Staatsamtes nur gesteigert erscheinen kann. Vor allen Dingen wird die wichtigste Garantie des Rechtslebens selbst negirt, wenn der gerichtliche Schutz gegen Gewaltthätigkeiten des Beamtenthums ausgeschlossen oder gehemmt wird. Auch die Ministerverantwortlichkeit, im weitesten Umfange verwirklicht, wäre durchaus unzureichend, die hiermit im Rechtsleben entstandene Lücke auszufüllen. Wenn die Verpflichtung der Beamten zum Schadenersatz wegen der ihm zur Last fallenden und von ihm verschuldeten Verletzungen in irgend einer Weise zu verringern wäre, würde jedenfalls das Gesetz selbst und der zur Anwendung desselben berufene Richter, nicht aber die Verwaltungsbehörde nach Gründen der Nützlichkeit mit der Aufstellung der Normen und der Entscheidung darüber zu betrauen sein. Was die Verantwortlichkeit der Beamten anbelangt, erscheinen die höheren Verwaltungsbehörden in Frankreich und Deutschland als Gesetzgeber und Richter in ihrer eigenen Angelegenheit. Als Richter, indem sie den ordentlichen Rechtsweg hemmen, als Gesetzgeber, indem sie formlos die Verfassung interpretiren.

Im Zusammenhang mit der eben berührten Frage steht auch die Haftung des Staates für die von seinen Beamten verursachten Schadenszufügungen, wobei regelmäßig an eine subsidiäre Ersatzleistung zu denken ist. Innerhalb der vermögensrechtlichen Sphäre fiscalischer Wirksamkeit bietet diese Frage geringe Schwierigkeit dar, weil sich die Regeln über Geschäftsführung, Stellvertretung und Auftrag auch auf die Stellung des Beamten zu der Regierung anwenden lassen. Anders verhält es sich indessen in solchen Fällen, in denen Beamte durch den Mißbrauch ihrer Amtsbefugnisse, durch unbefugte Vermögensverletzung oder durch Begehung eines s. g. Amtsverbrechens Privatrechte beschädigen und deswegen in Anspruch genommen werden können. Eine Vertretungspflicht des Staates könnte nur (wenn man nicht auch hier auf die Analogie der privatrechtlichen Geschäftsklage zurückgehen und deswegen die sofortige directe Einklagung gegen den Staat irrigerweise gestatten will) aus folgenden Gesichtspunkten hergeleitet werden: 1) aus dem Auftrag, welcher in allgemein gesetzwidriger Norm, z. B. in Gestalt einer Verordnung, eine Rechtsverletzung herbeiführt; 2) aus der von der Regierung unterlassenen Hinderung eines bevorstehenden und mit den verfügbaren Mitteln abzuwehrenden Unrechts, oder 3) aus dem materiellen Vortheil, welcher dem Staatsvermögen durch eine Amtswidrigkeit zugeflossen ist; 4) aus der Vernachlässigung der die Anstellungsfähigkeit bedingenden objectiven Normen. In allen diesen Fällen könnte freilich nur von einer subsidiären Haftung die Rede sein. Eine ganz allgemeine Haftbarkeit der Staatskasse für den von den Beamten verursachten Schaden wird zwar von einzelnen Schriftstellern mit Rücksicht auf Billigkeitsgründe oder auf das allgemeine Repräsentationsverhältniß zwischen Staatsgewalt und Staatsbeamten befürwortet, ist jedoch im positiven Recht nirgends anerkannt.

(**Literatur:** Bluntschli, Gutachten, betr. die Haftung des Staats, resp. der Gemeinde, für Schadensersatzansprüche aus Verletzung der Amtspflichten der Beamten, in den Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentags, I, S. 45. — Heinze, Das Recht der Untersuchungshaft, 1865. — Zachariä, in der Tübinger Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, Bd. XIX, S. 582. — Zöpfl, Staatsrecht, II, §. 520.)

5.

Das Verwaltungsrecht.

Von

Prof. Dr. Ernst Meier
in Halle.

I. Verfassung und Verwaltung.

In den Bearbeitungen des positiven deutschen Staatsrechts wird das gesammte Material herkömmlich nach den Kategorien Verfassungs- und Verwaltungsrecht zur Darstellung gebracht.

Das Princip der Abgrenzung ist aber ein doppeltes.

Nach dem Vorgange von Pütter[1]) findet sich bei Leist, Gönner, Eichhorn (Grundriß von 1818) und bei Zachariä, also bei allen hervorragenden Lehrern des s. g. gemeinen deutschen Staatsrechts eine Eintheilung, nach welcher das Verfassungsrecht den Organismus oder die Gliederung, das Verwaltungsrecht dagegen die Functionen oder die Wirksamkeit der Staatsgewalt begreift. Das Verfassungsrecht enthält demgemäß die Lehren vom Staatsoberhaupte, von der Volksvertretung, von den Provinzen, Kreisen und Gemeinden, von den staatsbürgerlichen Rechten, von den Behörden und Beamten; das Verwaltungsrecht die Lehren von der Gesetzgebung, von der Justiz, der Polizei, den Finanzen, dem Kriegswesen, den auswärtigen Angelegenheiten.

Ohne durch den Einfluß ausländischer, insbesondere nordamerikanischer Muster bestimmt zu sein, wie das neuerdings behauptet wurde[2]), vielmehr im engen Zusammenhange mit der Emanation der modernen Verfassungsurkunden in Deutschland, bildete sich ein anderes System aus, welches bei von Mohl, Pözl, von Rönne, überhaupt bei den Bearbeitern des Territorial-Staatsrechts zu Grunde liegt, auf dem Unterschiede von staatsgrundgesetzlichen und anderweitigen Einrichtungen und Normen beruhend. Das Verfassungsrecht umfaßt demgemäß in Uebereinstimmung mit den Verfassungsurkunden die Lehren vom Staatsoberhaupte, von der Volksvertretung, von den staatsbürgerlichen Rechten, von den Provinzen, Kreisen und Gemeinden, außerdem aber auch die ganze Lehre von der Gesetzgebung, vom Staatsdienst und die obersten Grundsätze über die Justiz, die Finanzen, das Unterrichts- und Kriegswesen, während das Verwaltungsrecht auf die nähere Entwickelung der Behördenorganisation und die Details des Justiz-, Finanz-, Polizei-, Unterrichts-, Militärwesens sich beschränkt.

Erst in neuerer Zeit haben gleichzeitig Carl Friedrich von Gerber und Lorenz von Stein eine Revision dieser Grundbegriffe unternommen und wissenschaftliche Systeme aufgestellt, in welchen sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwickelungen einheitlicher Grundgedanken darstellen. Es ist insbesondere das Verdienst von Gerbers,

---

[1]) **Puetteri Institutiones juris publici; edit. I.; praef.**

[2]) Ueber den gänzlichen Mangel an Systemen bei den Amerikanern jener Zeit vgl. v. Mohl Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Bd. I. S. 535. 573 ff.

das eigenthümliche Wesen unseres modernen Verfassungsstaats zum anschaulichen Gesammtausdruck gebracht zu haben, während die Steinschen Untersuchungen vorzugsweise dem Verwaltungsrechte, dem inneren Zusammenhange der einzelnen Lehren desselben gelten. Die aus diesen bedeutenden Anregungen hervorgegangene wissenschaftliche Bewegung ist zwar zu einem definitiven Abschlusse noch nicht gelangt und man wird noch immer, je nachdem man mehr vom Standpunkte der Verfassung oder mehr vom Standpunkte der Verwaltung ausgeht, über die Stellung und Behandlung mancher Materien im Zweifel sein können. Indessen soviel dürfte doch als sicheres Resultat schon heute feststehen, daß das Verwaltungsrecht aus der bisherigen Verbindung gelöst und zum Range einer selbstständigen Wissenschaft erhoben worden ist [1]).

II. Gesetzgebung und Verwaltung.

Indem alle Handlungen der Staatsgewalt entweder in Festsetzung abstracter Normen, oder in Anordnungen bestehen, die nur für ein concretes Verhältniß wirksam werden, so ergibt sich daraus die Scheidung der gesammten staatlichen Thätigkeit in Gesetzgebung auf der einen, in Executive, Vollziehung, Verwaltung auf der anderen Seite (Dahlmann, Bluntschli, von Gerber).

Diese Begriffsbestimmung ist jedoch rein theoretisch und trifft in keiner Weise den praktischen Unterschied von gesetzgebender und vollziehender Gewalt, sofern für diese Functionen im Staatsleben gesonderte Träger bestehen, insbesondere die gesetzgebende Gewalt gemeinschaftlich durch den König und beide Häuser des Landtags ausgeübt wird, während die vollziehende dem Könige allein zusteht [2]).

Vielmehr hat überall in alter und neuer Zeit nach der altlandständischen und nach der modernen Repräsentativ-Verfassung, insbesondere auch gerade in dem Lande, welches einst der Theorie Montesquieu's zur historischen Unterlage gedient hat, die gesetzgebende Gewalt gewisse Functionen der Executive, und die vollziehende Gewalt gewisse Functionen der Gesetzgebung besessen.

A. Die executiven Functionen der gesetzgebenden Gewalt.

Zu den executiven Functionen der gesetzgebenden Gewalt gehören in Preußen nach der Verfassungsurkunde Veränderungen der Grenzen des Staatsgebiets, Ertheilung von Corporationsrechten an Religions- und geistliche Gesellschaften, Niederschlagung bereits eingeleiteter Untersuchungen, Errichtung von Gerichten für besondere Classen von Angelegenheiten, insbesondere Handels- und Gewerbegerichte an Orten, wo das Bedürfniß solche erfordert, Feststellung des Staatshaushalts-Etats, Aufnahme von Anleihen für die Staatskasse und Uebernahme von Garantien zu Lasten des Staats [3]). In

---

[1]) Eine nähere Darlegung ist hier nicht möglich. Vgl. jedoch C. F. von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865. Zweite Aufl. 1869. S. 1 ff. 165 ff. und besonders die Beilagen 1—3, S. 211 ff. Dazu von Mohl, Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts (in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht Bd. I. (1867) S 366 ff.); Herm. Schulze, Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrechts (a. a. O. S. 417 ff.); Fricker in der Tübinger Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, Bd. 22. S. 425 ff. Bd. 24. S. 188 ff. — L. von Stein, Die Verwaltungslehre Th. I. 1865. Zweite Aufl. 1869. Th. I. Abth. 1. S. 8 ff. 14 ff. Dazu Schmoller in den Preuß. Jahrbüchern Bd. 19. Heft 3 (1867).

[2]) Preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Art. 62. 45.

[3]) Preußische Verfassungsurkunde. Art. 2. 13. 49. 91. 99. 103.

allen diesen Fällen sind Gesetze erforderlich, es handelt sich jedoch nicht um die Feststellung abstracter Normen, sondern um die Regulirung concreter Verhältnisse, nicht um Aenderungen im objectiven Recht, sondern nur im subjectiven Rechtszustande des Staats, nicht um Gesetze in materiellem, sondern nur in formellem Sinne, um Verwaltungsacte in Gestalt von Gesetzen.

In England gehören zu den executiven Functionen der gesetzgebenden Gewalt insbesondere die s. g. Privatbills, wie die Gewährungen von Naturalisationen und Ehescheidungen, die Ertheilungen von Corporationsrechten, die Genehmigungen zu Expropriationen, die Regulirungen des Wasserlaufs, die Ablösungen, die Concessionen zur Vornahme öffentlicher Bauten, zur Anlegung von Straßen, Eisenbahnen, Canälen, Docks, die Einrichtung localer Verbesserungsmaßregeln, wie Straßenbeleuchtung, Nachtwachwesen, Pflasterung. Das Parlament erscheint darnach geradezu als Glied des ordentlichen Verwaltungsorganismus [1]).

Es gibt sogar Maßregeln der vollziehenden Gewalt, welche der Volksvertretung oder einer Abtheilung derselben allein ohne Concurrenz der Regierung zustehen. Es gehören dahin in Preußen die Bestimmungen, wonach jedes Haus die Legitimation seiner Mitglieder selbst prüft und darüber entscheidet, auch seine Präsidenten, Vicepräsidenten und Schriftführer wählt, wonach jedes Haus das Recht hat, Adressen an die Krone zu richten, Petitionen an die Minister zu überweisen und von den Ministern Auskunft über einzelne Beschwerden zu verlangen — ein Recht, welches sich thatsächlich zu einer Oberinstanz über die gesammte Executive gestalten kann — ferner die Bestimmungen, wonach jedes Haus behufs seiner Information Commissionen zur Untersuchung von Thatsachen ernennen kann, wonach jedes Haus das Recht hat, wegen Verfassungsverletzung, Bestechung und Verrath die Minister anzuklagen, endlich die Bestimmungen, wonach beide Häuser in vereinigter Sitzung über die Nothwendigkeit einer Regentschaft beschließen, und in vereinigter Sitzung den Regenten wählen, sofern kein volljähriger Agnat vorhanden und nicht bereits vorher gesetzliche Fürsorge getroffen ist [2]). Es gehören dahin in England ganz besonders die jurisdictionellen Befugnisse des englischen Oberhauses, wonach dasselbe als höchstes Reichsgericht in der dreifachen Stellung eines Pairgerichtshofs, eines Staatsgerichtshofs und eines Oberappellationsgerichts, letzteres sowohl über die Gerichtshöfe des gemeinen Rechts, als auch über die der Billigkeit, erscheint.

B. Die gesetzgeberischen Functionen der Vollziehungsgewalt.

In gewissen Fällen hat die vollziehende Gewalt das Recht, abstracte Normen in der Form von Verordnungen zu erlassen.

Zwei Arten derselben sind zu unterscheiden, je nachdem es sich um die Befugniß handelt, provisorische Festsetzungen, bei denen unter normalen Verhältnissen die Concurrenz der Volksvertretung nothwendig sein würde, oder definitive Festsetzungen, welche innerhalb eines engern Kreises der vollziehenden Gewalt völlig selbstständig zustehen, zu treffen.

Die s. g. provisorischen Verordnungen mit Gesetzeskraft — Nothgesetze, Octroyirungen — erfolgen nach preußischem Staatsrecht zur Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit und zur Beseitigung ungewöhnlicher Nothstände in Zeiten, wo der Landtag nicht versammelt ist. Unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums erlassen, können

---

[1]) Gneist, Das Englische Verwaltungsrecht mit Einschluß des Heeres, der Gerichte und der Kirche. 2. Aufl. Berlin 1867. Bd. II. S. 662 ff.

[2]) Preußische Verfassungsurkunde. Art. 78. 81. 82. 61. 56. 57.

sie sich auf alle Gegenstände der Gesetzgebung erstrecken, dürfen jedoch dem Inhalte der Verfassung nicht zuwiderlaufen und müssen dem Landtage bei dessen nächstem Zusammentritt vorgelegt werden. Sie treten sofort außer Kraft, wenn eins der beiden Häuser die Genehmigung versagt.

Die Verordnungen im eigentlichen Sinn haben entweder eine selbstständige Bedeutung neben den Gesetzen oder sind diesen lediglich untergeordnet. Im ersten Falle haben sie die Kraft, neues Recht zu schaffen, bilden sie für gewisse Verhältnisse die rechte Form des Staatswillens; im zweiten Falle haben sie nur die Bedeutung den in den Gesetzen enthaltenen Stoff zur praktischen Anwendung herzurichten, einer gesetzlichen Norm ihre Vollziehung und Ausführung zu sichern.

In Preußen war die selbstständige Verordnungsgewalt während des alten Staatswesens die Regel gewesen, und hatte sich auf alle Rechtsverhältnisse mit Ausnahme der Personen- und Eigenthumsrechte und der Steuern erstreckt [1].

Die Fortdauer desselben in gewissem Umfange ist zwar seitens der Staatsregierung in einem einzelnen Falle — bei Gelegenheit des während des Schleswig-Holsteinischen Kriegs von der Regierung einseitig erlassenen Prisen-Reglements — behauptet worden, läßt sich jedoch mit den Bestimmungen der Verfassungsurkunde nicht in Einklang bringen. Denn die Verfassung kennt ausdrücklich Verordnungen nur als Ausflüsse der vollziehenden Gewalt und zum Zwecke der Ausführung der Gesetze. Es würde aber um so willkürlicher sein, neben diesen Ausführungsverordnungen auch noch selbstständige Verordnungen als stillschweigend zugelassen anzunehmen, als über die Zulässigkeit jener auch ohne die ausdrückliche Erwähnung kaum ein Zweifel bestehen würde, während für die Zulässigkeit dieser jedenfalls eine ausdrückliche Erwähnung gefordert werden müßte. Wenn trotzdem die Verfassungsurkunde an einigen Stellen noch ausdrücklich hervorhebt, daß Vorschriften gewisser Art nur durch Gesetze getroffen werden dürften, so ist das theils deshalb geschehen, um die Grenzen zwischen Gesetzen und Verordnungen, die auch bei gegenseitig gutem Willen in vielen Fällen schwer zu finden sind, an einzelnen Stellen zu unstreitigen zu machen, theils deshalb, um Anordnungen, die ihrem Inhalt nach den Gesetzen nicht beizuzählen sein würden, dennoch auf dem Wege der Gesetzgebung entstehen zu lassen [2].

Es sind jedoch Reste der alten selbstständigen Verordnungsgewalt in Bezug auf die Regelung gewisser localer Verhältnisse allerdings bestehen geblieben; es gehört dahin einerseits das Recht gewisser Behörden, Polizeistrafverordnungen zu erlassen, andererseits das Recht von Communen und communalen Verbänden zu statutarischen Festsetzungen.

Das Recht gewisser Behörden, polizeiliche Verbote mit Strafclauseln zu erlassen, ist zwar seit Emanation der Verfassungsurkunde modificirt und in einigen Beziehungen eingeschränkt, in andern aber erweitert worden. Während nämlich früher die Minister innerhalb der Grenzen der polizeilichen Strafgewalt unbedingt, die Regierungen entweder auf Grund ministerieller Genehmigung oder in Anknüpfung an ein bestehendes, einer ausdrücklichen Strafbestimmung ermangelndes Verbotsgesetz, die Ortspolizeibehörden aber nur

---

[1]) Gesetz vom 5. Juni 1823, wegen Anordnung der Provinzialstände; und Patent vom 3. Februar 1847, die ständischen Einrichtungen betreffend.

[2]) Für das geltende preußische Recht vgl. insbesondere die „Studien zum preußischen Staatsrecht" (in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht. Bd. I. (1867) S. 197 ff.) und von Rönne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 3. Aufl. 1869. Bd. I. Abth. 1. §§. 16. 46. 47. 52. (S. 66 ff. 174 ff. 223 ff.); auch die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses vom 20. Juni 1864 und vom 31. Januar und 12. Juni 1865. — De lege ferenda besonders Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg (1869), S. 62 ff. 73. 74. und Stein, Verwaltungslehre, Thl. 1. Abth. 1. (2. Aufl. 1869), S. 42. 70. 116. 301. Vgl. auch von Gerber a. a. O. (Zweite Aufl. 1869) S. 149.

in der Rheinprovinz auf Grund der französischen Gesetzgebung zu derartigen Festsetzungen ermächtigt waren, so ist gegenwärtig diese Befugniß zwar den Ministern genommen, die deshalb darauf beschränkt sind, allgemeine polizeiliche Anordnungen zu treffen und die Strafbestimmungen ihren Organen zu überlassen, dagegen sowohl den Landespolizeibehörden (Regierungen und Landdrosteien), als auch den Ortspolizeibehörden (Polizeipräsidenten und Bürgermeistern, Amtshauptmännern und Amtmännern, Rittergutsbesitzern und Domänenrentmeistern, nicht aber den Landräthen) durch nachverfassungsmäßige Gesetze theils gewahrt, theils neu ertheilt. Die Strafclauseln gehen bis zur Höhe von zehn, beziehungsweise drei Thalern; die Gegenstände sind sehr mannichfaltig, Schutz von Personen und Eigenthum, Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, Schutz von Leben und Gesundheit, eine Menge anderer namentlich aufgezählter Gegenstände und überhaupt „alles Andere, was im besonderen Interesse der Gemeinde und ihrer Angehörigen oder des Bezirks polizeilich geordnet werden muß"; die Ortspolizeibehörden müssen zwar das Gutachten des Gemeindevorstandes einholen, sind jedoch nur bei Gegenständen der landwirthschaftlichen Polizei an dasselbe gebunden [1]).

Da nun diese Polizeiverordnungen nicht füglich als Verwaltungsacte, als Unterarten polizeilicher Verfügungen aufzufassen sind, so ist allerdings ein Widerspruch derselben mit der Verfassungsurkunde, insbesondere mit Art. 62, wonach dem Landtage ganz allgemein eine Mitwirkung bei der Gesetzgebung, also auch bei der Polizeigesetzgebung gewährt ist, und mit Art. 7, wonach Strafen nur in Gemäßheit eines Gesetzes angedroht und verhängt werden können, nur unter der doppelten Voraussetzung abzulehnen, daß einerseits das Gesetz vom 11. Mai 1850 jenes Gesetzgebungsrecht delegirt hat, — was aber streng genommen nur auf Grund einer Verfassungsänderung möglich gewesen wäre, — und daß andererseits die Strafen um deswillen in Gemäßheit eines Gesetzes verhängt werden, weil ein Gesetz allerdings die Formen bestimmt und die allgemeinen Bedingungen enthält, unter denen die Polizeistrafverordnungen zu erlassen sind.

Das in den verschiedenen Städte= und Landgemeinde=Ordnungen, in den neueren Kreisordnungen und in zahlreichen andern Gesetzen den Stadt=, Land= und Kreisgemeinden, sowie sonstigen Genossenschaften ausdrücklich gewährte Recht statutarischer Anordnungen ist keineswegs ein Rest mittelalterlicher Autonomie. Denn die in allen solchen Fällen ausnahmslos vorbehaltene höhere Genehmigung macht die genossenschaftliche Mitwirkung lediglich zu einem unmaßgeblichen Vorschlage, mag sie sich wie gewöhnlich auf unbedeutende Detailvorschriften oder wie bei den Neuvorpommernschen und Rügenschen Städten unter Einhaltung gewisser Normativbestimmungen auf die Regelung des ganzen Rechtsverhältnisses beziehen. Vielmehr erscheinen diese statutarischen Anordnungen lediglich als Anwendungen des Verordnungsrechts; in den meisten Fällen als Verordnungen zur Ausführung der Gesetze, insbesondere zur Ergänzung derselben, zur Ausfüllung von Lücken, deren Normirung wegen Eigenthümlichkeit der concreten Verhältnisse der generellen Anordnung sich entzogen hat; ausnahmsweise aber auch als ein Rest jener ältern selbstständigen Verordnungsgewalt, insofern die statutarische Regelung Abweichungen von den Gesetzen enthält, wenigstens von denjenigen, auf welche sie sich zunächst bezieht, wie solches namentlich nach der jetzt für die östlichen Provinzen gültigen Städteordnung hinsichtlich der Wahlberechtigung, der Fall ist [2]).

[1]) Verordnung vom 26. December 1808. §. 40. 45. Geschäfts=Instruction für die Regierungen vom 33. October 1817. §. 11. Rheinisches Ressort=Reglement. Gesetz über die Polizei=Verwaltung vom 11. März 1850. §. 5—16. Verordnung über die Polizei=Verwaltung in den neu erworbenen Landestheilen vom 20. Sept. 1867. §. 5—16.

[2]) Städte=Ordnung von 1808. §. 49. 51; von 1831 §. 1—4; von 1853. §. 11; für Westphalen und Rheinprovinz §§. 10; für Hannover 1858. §. 1—3; für Schleswig=Holstein 1869.

III. Justiz und Verwaltung.

Je nachdem die Handlungen der Vollziehungsgewalt entweder Anwendungen abstracter Normen auf einzelne Fälle oder freie, von solchen Normen unabhängige Entschließungen sind, sondert sich die gesammte Executive in Rechtsprechung und Verwaltung im engern Sinn.

Aber auch diese Begriffsbestimmung ist eine rein theoretische und trifft in keiner Weise den praktischen Unterschied von Justiz und Verwaltung, insofern für diese Functionen verschiedene Träger, von einander gesonderte Justiz= und Verwaltungsbehörden, bestehen.

Denn überall, wo diese dem Alterthum und Mittelalter unbekannte Scheidung in neuerer Zeit sich vollzogen hat,[1] ist die Abgrenzung der Competenz zwischen diesen Behörden in der Weise erfolgt, daß zwar die Gerichte, abgesehen von gewissen Geschäften der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, lediglich auf Anwendung abstracter Normen beschränkt sind, daß dagegen die Verwaltungsbehörden aller Länder — Staats= und Communalbehörden — ebenso wohl eine Rechtsprechung wie die Vollziehung jener freien Thätigkeit haben, und daß in den einzelnen Verwaltungsdecernaten die Rechtsprechung die discretionäre Verwaltung an Ausdehnung häufig überwiegt.

Wenn nun im allgemeinen die Rechtsprechung der Justizbehörden das eigentliche Strafrecht und diejenigen Rechtsstreitigkeiten, die zwischen Privatpersonen über reine Privatrechte geführt werden, die Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden dagegen (s. g. Administrativjustiz) vielfach das Polizeistrafrecht und diejenigen Rechtsstreitigkeiten, die zwischen der Staatsgewalt und einzelnen Unterthanen geführt werden, umfaßt, so ist doch die Abgrenzung im einzelnen, die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges (vor den Gerichten), in keinem Lande nach einfachen Principien entschieden, in wenigen, wie im Königreich Sachsen, durch ein einheitliches Gesetz bestimmt.

Zur näheren Orientirung sind fünf Punkte zu erörtern.

A. Fiscalische Rechtssachen.

Es fragt sich zunächst, ob der Staat insofern der Justiz unterworfen sei, als derselbe im gewöhnlichen privatrechtlichen Vermögensverkehre, durch Abschließung von Verträgen oder Erwerb von Eigenthum, als juristische Person mit dem Einzelnen in Collision geräth.

In England findet zwar in den Fällen, wo der Fiscus als Kläger auftritt, eine Jurisdiction seitens der Büreaubeamten der Finanzverwaltung nicht mehr statt, das Schatzkammergericht ist gegenwärtig ein mit allen Garantien versehener Gerichtshof; wo dagegen der Fiscus als Beklagter erscheint, ist die Anhängigmachung der Klage noch heutzutage von dem discretionären Ermessen des Kronanwalts abhängig, der die Genehmigung nach einer von dem Reichsgericht neuerdings als legal anerkannten Praxis verweigert,

---

§. 17. Gesetz betreffend die Verfassung der Städe in Neuvorpommern und Rügen vom 31. Mai 1853. — Landgemeinde=Ordnung 1856. §. 4 ff.; für Westphalen §. 12 ff.; für Schleswig=Holstein (1867) §. 4. 9. 13. — Kreis=Ordnung für Hannover §. 10; Schleswig=Holstein §. 7; Cassel §. 3. und Wiesbaden §. 3. (1867); wörtlich gleichlautend.

[1] Ueber die allmählige Bildung einer selbstständigen und unabhängigen Justiz in England vgl. meine Abhandlung: „Ueber das Verhältniß der Justiz und Verwaltung in England" (in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht, Bd. I (1867), S. 275—353). Die beispiellose Continuität der englischen Staatsentwickelung macht es möglich, einen geschichtlichen Proceß, der analog in der gesammten europäischen Staatsentwickelung stattgefunden hat, in völliger Bestimmtheit Schritt vor Schritt nachzuweisen.

wenn er den Anspruch für „offenbar unbegründet" hält.[1]) Wenn nun auch von dieser Rechtsverweigerung ein durch die öffentliche Meinung und das Parlament regulirter gemäßigter Gebrauch gemacht wird, so muß man doch mit Lord Brougham sagen: „Why, I demand, should it be left in the breast of any man, to refuse that, which another may claim as a right and as the lowest of all rights, to have his right enquired into by law". Nach ertheilter Genehmigung geht dann der fiscalische Proceß allerdings an das ordentliche Reichsgericht, indessen bestehen hinsichtlich des Verfahrens sehr bedeutende materielle Begünstigungen des Fiscus, die eine große Ungleichheit in den Parteirollen hervorrufen.[2])

In Frankreich herrscht ein sehr complicirtes System. Hinsichtlich dinglicher Rechtsverhältnisse ist der Fiscus im ganzen der Justiz unterworfen; bei Obligationsverhältnissen kommt es darauf an, ob der Fiscus zum Schuldner oder zum Gläubiger gemacht werden soll; im ersten Fall ist der Rechtsweg generell ausgeschlossen, im letzteren kommt das specielle Obligationsverhältniß in Betracht; der Rechtsweg ist zuläßig oder nicht, je nachdem es sich um Kauf, Tausch, Miethe, Commodat, Depositum oder Mandat handelt, und je nachdem der Fiscus als Käufer oder Verkäufer, Miether oder Vermiether, als Contrahent über Mobilien oder Immobilien erscheint. Insbesondere ist das große Gebiet der öffentlichen Arbeiten unter der Rubrik locatio conductio operarum, und demgemäß das Streitgebiet zwischen dem Unternehmer öffentlicher Arbeiten und der Verwaltung über Existenz und Inhalt der Verträge fast ganz zur Disposition der Verwaltung gestellt. Dazu kommen noch ziemlich weitgehende Privilegien des Fiscus in den Fällen der Zuläßigkeit des gerichtlichen Verfahrens.[3])

Es ist der Ruhm der deutschen, insbesondere der preußischen Gesetzgebung, die sich in einzelnen Aussprüchen der Landesherren schon früh documentirte und im Preußischen Landrecht zu einem klaren und entschiedenen Ausdruck gelangt ist, den Rechtsstaat auf diesem Gebiete ohne jede Beschränkung ausgebildet zu haben, indem sowohl die Rechtsstreitigkeiten, die aus Privathandlungen des Monarchen, als auch diejenigen, welche aus fiscalischen Verhältnissen entstehen, den Gerichten unterworfen sind, so daß Jemand sein Recht gegenüber dem Fiscus ebenso leicht beanspruchen und vertheidigen kann, wie gegenüber jeder Privatperson.[4])

B. Bagatell-Strafgerichtsbarkeit.

Eine zweite wichtige Frage ist sodann die, ob die Auflegung kleinerer Strafen, insbesondere wegen Uebertretung gewisser Polizei- und Finanzgesetze, dem Geschäftskreise der Justiz- oder der Verwaltungsbehörden angehören soll.

---

[1]) Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg (1869), S. 145. Ganz besonders aber Lord Brougham, Speech on the present state of the law delivered in the House of Commons, February 7 1828 (Speeches Vol. II. S. 319—486; insbes. S. 382 ff.); eine sechsstündige Rede, die nicht blos wegen des umfassenden Materials, sondern insbesondere auch wegen der unbefangenen Kritik von Werth ist, die den englischen Einrichtungen hier vielfach zu Theil wird.

[2]) Das Gleiche gilt in Nordamerika; weder die Union noch die Einzelstaaten können ohne ihre Einwilligung gerichtlich belangt werden; diese Einwilligung wird von der gesetzgebenden Gewalt ertheilt, führt aber meist nur zu einem dem richterlichen nachgebildeten Verfahren vor einer ständigen Commission der Legislative (committee of claims). Vgl. Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, Th. I. S. 352. Zürich 1867.

[3]) Dareste, La justice administrative en France, 1862 (vgl. meinen Bericht in den Gött. Gel. Anz. 1864. S. 921 ff.).

[4]) Allgemeines Landrecht Einl. §. 80. Th. II. Tit. 13. §. 18; Verordnung vom 26. Dec. 1808; Cabinetsordre vom 4. Dec. 1831. Manche anscheinend weitergehende Aussprüche der Praxis und Doctrin des vorigen Jahrhunderts haben lediglich diesen Sinn.

In England ist das Polizeirichteramt mit dem Amte der Polizeiverwaltung für die zahlreichen Fälle der Gewerbe-, Preß-, Sitten-, Jagd-, Armen-, Fabrikpolizei-Contraventionen, für die Zoll-, Steuer-, Stempel-, Post-Defraudationen und Contraventionen bis zur Höhe eines Strafmaßes von zwanzig Pfund oder sechs Monate Gefängniß in den Händen der Friedensrichter vereinigt, die regelmäßig als Einzelrichter ohne Jury nach summarischem Verfahren darüber urtheilen, ohne daß in der Mehrzahl der Fälle eine Appellation an die friedensrichterliche Collegialbehörde, die Quarter Sessions, gesetzlich zulässig wäre. Jedenfalls kommt eine solche thatsächlich so wenig vor, daß von 400,000 summarischen Strafurtheilen nur etwa 60 jährlich zur Cognition der Quarter Sessions gelangen.

Es scheint doch nach manchen Zeichen nicht, daß man in England mit dieser Einrichtung durchgehends zufrieden wäre. Man hat vielfach über die Härte der großen Grundbesitzer und ihre Neigungen zu Verurtheilungen bei gewissen Arten von Uebertretungen, wie Jagdpolizeicontraventionen, geklagt. Und was im preußischen Landtage doch nur hinsichtlich der Consular-Jurisdiction behauptet wurde, das ist etwa vierzig Jahre früher im englischen Parlament hinsichtlich der Polizeigerichtsbarkeit der Friedensrichter mit größerem Ernst und von einer gewichtigeren Autorität behauptet worden, daß dieselbe schlechter sei, als die des türkischen Kadi.[1])

In Preußen ist mit Rücksicht auf Ersparung von Zeit und Kosten einerseits den administrativen Polizeibehörden das Recht der vorläufigen Straffestsetzung in sehr engen Grenzen und unter Beobachtung richterlicher Formen (Gesetz vom 14. Mai 1852), andererseits den Staatsfinanzbehörden, insbesondere den Regierungen die resolutorische Straffestsetzung bei Zoll-, Gewerbesteuer-, Stempel-, Post-Defraudationen und Contraventionen durch die einschlagenden Gesetze beigelegt; in allen diesen Fällen ist jedoch die Provocation auf den Rechtsweg zugelassen, in Polizeistraffällen absolut, ohne daß eine Beschwerde an die höhere Polizeibehörde auch nur möglich ist, in Finanzstraffällen mit der Beschränkung, daß entweder der Rechtsweg oder der Beschwerdeweg an die vorgesetzte Administrativbehörde (Finanzminister) beschritten werden kann. Und zwar liegt diese Rechtscontrole der Verwaltung, die so weit geht, wie das Verwaltungsrecht auf Strafclauseln gebracht ist, in der Hand der Einzelrichter, denen insbesondere auch eine Controle darüber zusteht, ob die Polizeistrafverordnungen der Local- und Landespolizeibehörden nach den Vorschriften des Gesetzes vom 11. März 1850 formell richtig erlassen sind.

C. Verwaltungsrechtspflege im engern Sinne.

Die dritte und wichtigste Frage ist dann die, ob und wie weit die Verwaltungsbehörden befugt sein sollen, diejenigen Rechtsfragen, welche bei Anwendung der Verwaltungsgesetze entstehen, selbst zu beurtheilen, insbesondere diejenigen Reclamationen zu entscheiden, welche aus Veranlassung von Acten der Administration bei Handhabung der einzelnen Hoheitsrechte, der Finanz-, Polizei-, Militärgewalt in Bezug auf Gegenstände der Besteuerung, Einquartirung, Militärpflicht, in Bezug auf Gewerbe-, Armen-, Schul- und Agrarwesen in zahllosen Fällen sich ergeben, sei es, daß die angeblich verletzten Einzelrechte dem Privatrechte angehören, wie die Eingriffe in das Vermögen, oder dem öffent-

---

[1]) Lord Brougham, a. a. O. S. 373. „There is not a worse constituted tribunal on the face of the earth, not even that of the Turkish Kadi." Interessante Bemerkungen bei Alexis de Tocqueville, Voyage en Angleterre, bei Gelegenheit eines Besuchs der Petty Sessions in Salisbury, September 1833 (Oeuvres complètes, T. VIII. Mélanges, Fragments historiques etc., S. 314 und 338).

lichen Rechte, wie Indigenat=, Orts= und Staatsbürgerrecht, actives und passives Wahlrecht; — oder ob auch derartige Fälle der Rechtsprechung durch die Gerichte zu überlassen sind, so daß jeder einzelne, durch solche Maßnahmen Berührte, die Befugniß besitzt, über dieselben einen Proceß herbeizuführen, und die Verwaltung nur wirksam werden kann, wenn entweder der Einzelne zustimmt, oder der Richter in Uebereinstimmung mit der Rechtsansicht der Verwaltungsbehörde entscheidet; ob etwa gar die Verwaltung bei völliger Gleichstellung mit dem Einzelnen — der Staat als Genossenschaft — jedes Vorgehen, wo es in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreift, erst vorher zu legalisiren hat, oder ob man ihr eine bei Privaten jedenfalls unstatthafte Eigenmacht gewähren will.

Es sind vor allem theoretische Gründe, die Einfachheit und Consequenz der Principien, welche den Rechtsstaat in diesem Sinne in den Augen Vieler empfehlen. Es läßt sich indessen auch, abgesehen von solchen Gesichtspunkten, in keiner Weise verkennen, daß einerseits die Gefahr einer Rechtsverletzung durch die Verwaltung, und zwar vielfach einer sehr tief greifenden, besonders nahe liegt, da sie als Vertreterin des Gesammtinteresses bei Förderung des öffentlichen Wohles leicht die Unbefangenheit verliert, um entgegenstehende Einzelrechte genügend zu berücksichtigen, und daß es andererseits auffallend erscheint, für die gewöhnlichen Civil= und Strafprocesse die Personen der Richter und die Formen des Verfahrens mit schützenden Garantien zu umgeben, aber gerade demjenigen Gebiete der Rechtsanwendung, welches solcher Schutzmittel am meisten bedürftig wäre, dieselben zu entziehen.[1])

Wenn nun dem gegenüber zur Rechtfertigung der Administrativjustiz geltend gemacht ist, daß zwar in Strafsachen und in reinen Privatrechtsstreitigkeiten die Herrschaft des absoluten Rechts, ohne Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und öffentliches Wohl, nach dem Grundsatze fiat justitia, pereat mundus zur Geltung gebracht werden müsse, daß dagegen in den mit öffentlichen Zuständen in Verbindung stehenden Rechtsverhältnissen nach relativen Grundsätzen, die gleichzeitig dem Gesetze und dem öffentlichen Wohle genügten, zu verfahren sei (Stahl, Bluntschli, von Gerber), daß im Zweifel sogar das allgemeine Interesse prädominire (Laferrière und die meisten Franzosen), da der Staat nicht blos Rechtsstaat, sondern auch Culturstaat sei, so ist bereits von anderer Seite darauf hingewiesen, daß die Verwaltung in ihrer rechtsprechenden Thätigkeit das Gesetz ebenso unbedingt anzuwenden habe, wie die Gerichte, und daß der Stahl'sche Satz, für die Gerichte sei das Gesetz Zweck, für die Verwaltung Schranke, lediglich auf die freie discretionäre Thätigkeit der Verwaltung zu beziehen sei, wo allerdings zunächst nicht das Gesetz, sondern das öffentliche Wohl, die Zweckmäßigkeit das treibende Element ist.[2])

Dagegen treten der Verwirklichung des Rechtsstaates in jenem Sinne folgende Erwägungen allerdings entgegen.

---

[1]) Bähr, Der Rechtsstaat, eine publicistische Skizze (1864); — ein ebenso geistvoller wie scharfsinniger Versuch, einer weitgehenden Rechtsprechung auf dem Verwaltungsgebiete die Berechtigung zu vindiciren. — Aus früherer Zeit besonders K. W. Pfeiffer, Praktische Erörterungen, I, 213 ff.; II, 361 ff., 405 ff.; III, 182—636; V, 201 ff., 521 ff; VI, 1—105; VIII, 481 ff.

[2]) Regelsberger, Ueber Justiz und Verwaltung (Kritische Ueberschau, IV, 52 ff.). Die weiteren Ausführungen suchen nachzuweisen, daß diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nicht nothwendig die Verbindung zu einem geschlossenen Gemeinwesen, zum Staat, zur Voraussetzung haben, zur Competenz der Justiz, dagegen diejenigen, in denen der politische Verband das gestaltende Element ist, zur Competenz der Verwaltung gehören. Man kann die dabei zu Grunde liegende Theorie über das Verhältniß von Staat und Recht anerkennen; man kann ferner anerkennen, daß die Gegenstände nach dem angegebenen Gesichtspunkte sich ziemlich zwanglos gruppiren, man wird aber bezweifeln müssen, daß aus diesem Grunde die Abgrenzung geschichtlich entstanden sei; die Erklärung dafür liegt nicht auf so theoretischem Gebiete.

Erstens sind die Richter auch bei der sorgfältigsten und umfassendsten Vorbildung nicht im Stande, neben dem Privat- und Strafrecht auch das ganze Gebiet der Verwaltungsgesetzgebung vollständig zu beherrschen, während für die Verwaltungsbehörden die Anwendung derselben in täglicher Uebung Lebensaufgabe ist.

Zweitens ist in den weit meisten Streitfällen, die bei Handhabung der Verwaltung entstehen, weniger die Rechtsfrage, als die Thatfrage streitig. Wenn es sich darum handelt, ob Anlaß zu einer Armenpflege im concreten Falle vorliege, ob ein Landarmenverband einem Ortsarmenverbande Hülfe zu leisten habe, ob das zu einer Concessionsertheilung vorausgesetzte Bedürfniß vorliege, ob die zu einer Concessionsertheilung nothwendige Zuverlässigkeit vorhanden sei, ob ein öffentlicher Weg gesperrt, in welchem Maße derselbe benutzt werden solle, ob ein Grundstück deichpflichtig sei, und zu welchem Betrage dasselbe an der Deichlast zu participiren habe, ob die Vorfluth genügend beschafft sei, ob ein Hausirschein eine gewisse Art von Waaren umfasse, ob die Einquartirungslast richtig vertheilt, die verschiedenen Steuern richtig eingeschätzt seien, die Militärpflicht nach Eintritt und Dauer gehörig bemessen sei, — so sind allerdings in allen solchen Fällen Gesetze anzuwenden, und es ist außerdem theoretisch zweifellos, daß an sich der Richter auf Grund eines ausführlichen Beweisverfahrens und unter Zuziehung technischer Sachverständiger zu einer Beurtheilung des Sachverhalts, also zu einem Urtheil über das Vorhandensein der Armuth, über die richtige Bonitirung eines Grundstücks, gelangen würde, wie er auch in anderen Processen, etwa des Handels- und Wechselrechts, fernliegende Lebens- und Verkehrsverhältnisse in den Kreis seiner Erwägungen ziehen muß, indessen ist doch unbefangenerweise nicht zu verkennen, daß die leichte und sichere Beurtheilung solcher Verhältnisse nur dann möglich ist, wenn Ausführung und Rechtsprechung in einer Hand liegen.

Drittens wirkt eine solche omnipotente Controle der Justiz lähmend auf die gesammte Verwaltung. Wenn auch einer blos theoretischen Betrachtungsweise die richterliche Thätigkeit lediglich als eine logische Function sich darstellt, als ein Syllogismus, in welchem das geltende Recht den Obersatz, der Streitpunkt den Untersatz und das Urtheil den Schlußsatz bildet, so daß der Richter nur in der bescheidenen Rolle eines technischen Sachverständigen erscheinen würde, so weiß doch Jedermann, schon aus der Verschiedenheit der Richtersprüche in den Instanzen, daß auch auf diesem Gebiete das subjective Belieben ein sehr weites Feld hat, daß namentlich „die s. g. analoge Anwendung des Gesetzes durch den Richter eine dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden einigermaßen parallele Function" darstellt, daß die Auslegungsbefugniß dem Richter die Macht gibt, den Willen des Gesetzgebers in sein Gegentheil zu verkehren.[1])

Aus diesen Gründen ist überall der Verwaltung eine Gesetzesanwendung in weitem Umfange überlassen.[2]) Die Art und Weise aber, wie das Verhältniß von Justiz und Verwaltung in den einzelnen Ländern geregelt ist, darf in der That nach einem Ausdrucke von Gneist als der archimedische Punkt aller Verfassung betrachtet werden, denn es handelt sich um jenes Gleichgewicht, welches den Einzelnen in Gehorsam dem Staatswillen unterwirft, und doch die nothwendige Achtung der Staatsgewalt vor dem Rechtskreise des Einzelnen erzwingt.

Die Verschiedenheit ist indessen nicht so bedeutend, wie man vielfach annimmt.

---

[1]) von Holtzendorff, Die Principien der Politik (1869), S. 109 ff.

[2]) Auch in Kurhessen trotz der §§. 35 und 113 der Verfassungsurkunde vom 5. Jan. 1831; (vgl. meine Abhandlung über Justiz und Verwaltung in England, S. 295 ff.). Gegenwärtig gelten die im Gebiet des Allgemeinen Landrechts bestehenden Normen über die Zulässigkeit des Rechtswegs (Verordnung vom 26. September 1867).

In England bestehen gegenwärtig nebeneinander zwei Systeme staatlicher Vollziehung, das Selfgovernment, noch immer weitaus den größten Theil der Landesverwaltung umfassend, und ein Behördensystem nach continentalem Zuschnitt für gewisse Zweige moderner Administration.

Im Gebiete des Selfgovernment hat sich die ursprüngliche Identität von Justiz und Verwaltung noch in einem großen Umfange erhalten. Die Friedensrichter verbinden mit einer geringen Civilgerichtsbarkeit, einer umfassenden Polizeigerichtsbarkeit, einer Criminalgerichtsbarkeit untergeordneter Art und der Voruntersuchung aller Criminalfälle, die gesammte innere Landesverwaltung auf den Stufen der Local-, Kreis- und Provinzialverwaltung. Ohne von persönlichen Garantien geschützt zu sein, dem Rechte nach beliebig entlaßbar, üben sie für den ganzen Umfang ihrer Administration eine Administrativjustiz aus, regelmäßig als Einzelne oder zu Zweien, ausnahmsweise in Special oder Quarter Sessions. Diese Administrativjustiz hat allerdings wie die friedensrichterliche Verwaltung überhaupt in Geist und Formen einen wesentlich richterlichen Charakter; sie ist ferner, wie das Selfgovernment überhaupt, gänzlich unabhängig von höheren administrativen Entscheidungen, was nach englischen Verhältnissen nothwendig zu einer Ausdehnung des parlamentarischen Parteiregiments in die unteren Kreise des Staatslebens führen müßte; sie ist aber andererseits der eigentlichen Justiz nur unter sehr bedeutenden Einschränkungen unterworfen.

Erstens wird die richterliche Controlinstanz lediglich von den drei Reichsgerichten: dem Court of Kings (Queens) Bench, dem Court of Common Pleas und dem Court of the Exchequer, geübt, also durch fünfzehn hohe Staatsbeamte, welche, soweit das in menschlichen Verhältnissen zu erreichen ist, die rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen persönlicher Unabhängigkeit sowohl gegenüber der Regierung als auch gegenüber der öffentlichen Meinung besitzen. Dagegen haben die englischen Kreisrichter (County Court Judges) mit dieser Controle nicht das Mindeste zu thun. Es handelt sich dabei weniger um eine Unterordnung der Verwaltung unter die Justiz, als um eine Controle der obersten Staatsgewalt über die selbstverwaltenden Kreise.

Zweitens wird diese Controle nicht etwa gehandhabt in den Formen eines gewöhnlichen Civilprocesses, als gerichtliche Klage des Einzelnen gegen den Friedensrichter oder die Session, sondern nur auf Grund besonderer Rechtsmittel, im wesentlichen in doppelter Weise, entweder in der Gestalt des writ of certiorari, eines reichsgerichtlichen Rescripts, ein Geschäft nicht selbst zu erledigen, sondern die Acten einzusenden, oder in der Gestalt des writ of mandamus, eines reichsgerichtlichen Rescripts, ein Geschäft als im Recht begründet vorzunehmen, beziehungsweise die Gründe der Nichtvornahme der reichsgerichtlichen Beurtheilung zu unterbreiten. Diese Rechtsmittel führen nun entweder blos zur Regelung der Competenz, zur Geltendmachung von Recusationen, zur Abhülfe von Justizverweigerungen, in welchen Beziehungen sonstige Rechtsmittel fehlen, oder sie bewirken zwar die erneuete Prüfung der Rechtsfrage in formeller und materieller Beziehung, sie bewirken aber niemals ein new trial, eine erneuete Prüfung der question of fact, insbesondere keine erneuete Beweisaufnahme, auch keine Beurtheilung darüber, ob dieselbe vollständig sei; sie sind also im günstigsten Falle mehr Rechtsmittel der Cassation, als der Appellation, und haben also mehr eine äußere, als eine innere Controle der Administrativjustiz zur Folge.

Drittens ist zwar an sich kein Gegenstand des friedensrichterlichen Geschäftskreises von dieser Controle ausgeschlossen; sie bezieht sich jedoch nach den gesetzlichen Bestimmungen mehr auf die judicial acts, z. B. auf Polizeiresolute, die allein auf diesem Wege, da es an dem eigentlichen Appellationsmittel, writ of error, fehlt, an die reichsgerichtliche Beurtheilung ge-

langen können; sie bezieht sich zwar auch auf das Verwaltungsgebiet, hat aber für jedes Gebiet der inneren Staatsverwaltung einen verschiedenen Umfang, „einen engeren auf dem Gebiet der Finanz- und Militärverwaltung, einen weiteren auf dem Gebiet der Polizeiverwaltung; die Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen, ergibt sich aus mehreren hundert Gesetzen"; in früherer Zeit in weiter Ausdehnung zugelassen, wird derselbe seit anderthalb Jahrhunderten stetig eingeschränkt; die Wegnahme von Certiorari und Mandamus ist in der Mehrzahl der neueren Gesetze eine stehende Clausel; der Rechtsweg bezieht sich eigentlich nur noch auf Grundrechte und Principienfragen; es kommen jährlich im ganzen nur etwa 160 derartige Fälle vor.

Wie den Friedensrichtern, so ist auch den Behörden des modernen Administrativsystems, welche auf den Gebieten des Armen-, Gesundheits- und Bauwesens in den letzten Menschenaltern entstanden sind, für den ganzen Umfang ihrer Verwaltung eine Rechtsprechung beigelegt.

Und wenn nun gerade in diesen Gebieten Collisionen zwischen der Verwaltung und den individuellen Rechten thatsächlich sehr häufig vorkommen, und diesen Behörden jeder richterliche Charakter, jede Garantie richterlicher Unabhängigkeit fehlt, so bilden doch die regelmäßige Oberinstanz lediglich die Centralbehörden der einzelnen Verwaltungszweige, insbesondere auch vielfach der Minister des Innern. Eine reichsgerichtliche oder selbst nur friedensrichterliche Controle fehlt fast ganz. Es bedarf aber keiner Ausführung, daß es bedenklich ist, einen großen Theil des öffentlichen Rechts, wichtige Verhältnisse der persönlichen Freiheit und des Eigenthums zur Disposition von Parlamentsparteien und Parteiministerien zu stellen, „da Parteichefs niemals die Chefs einer unparteiischen Verwaltung sein können".[1])

In Frankreich, in Deutschland, insbesondere in Preußen, ist eine vollständige Trennung von Justiz und Verwaltung in Gestalt eines parallel laufenden Behördenorganismus ausgebildet.

Im allgemeinen ist mit der Administration auch eine Administrativjustiz in gleicher Ausdehnung verbunden.

In Frankreich und neuerdings in Baden sind jedoch gewisse Rechtsverhältnisse zur Entscheidung eigener Behörden unter Einhaltung gewisser Formen ausgeschieden (Administrativjustiz im engeren Sinne).

Auch hier hat nicht sowohl ein abstractes Princip, als vielmehr das praktische Bedürfniß die Grenze gezogen.

Es gehören insbesondere in Frankreich zum Gebiete des Contentieux administratif viele Gegenstände des fiscalischen Gebiets, der s. g. domaine de l'état, die dort in weitem Umfange der Justiz entzogen sind, alle Rechtsstreitigkeiten, welche aus Verträgen des Staats beim Kauf von Mobilien, welche aus der louage d'ouvrage in Bezug auf die Verhältnisse der Arbeiter in den öffentlichen Werkstätten, aus der Postverwaltung entstehen; es gehört dahin ferner fast das ganze Gebiet der domaine public, d. h. alle Rechtsfragen, die in Bezug auf die Verwaltung der öffentlichen Wege, Flüsse, Meeresufer entstehen; es gehören dahin aus der Verwaltung der directen Steuern die demandes en échange und en réduction, während die demandes en remise und en modération

[1]) Gneist, a. a. O. S. 144. 173. 175 und passim; sowie Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder das Selfgovernment (2. Aufl. 1863), Bd II, S. 825 ff., 1330 ff. und passim. Aeußerungen in deutschen und englischen Büchern, wie etwa bei Fischel, Verfassung Englands, S. 142: „Verwaltungsbeamte haben in der Regel gar keine Jurisdiction, so daß der Rechtspflege alles dasjenige zufällt, was ihr von Rechtswegen gebührt", können leicht unrichtige Vorstellungen hervorrufen.

vor die administration pure gehören; es gehören endlich dahin gewisse Streitigkeiten in Bezug auf die Ausübung des Wahlrechts.[1])

Es gehören in Baden zum Gebiet der Verwaltungsrechtspflege alle Streitigkeiten, in Bezug auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gemeinden und Kreise, namentlich über die Bürgernutzungen und sonstige auf dem öffentlichen Recht beruhende Ansprüche der Einzelnen an die Gemeinde; über die Beiträge und persönlichen Leistungen zu Gemeindezwecken, zu Socialausgaben; über die Beitragspflicht der Einzelnen zu Kriegskosten; über den Beizug zur Einquartirung und zum Vorspann; über die Beiträge und persönlichen Leistungen zu den Kosten der Kirchen- und Schulverbände und über die aus der Staatskasse zu leistenden Beiträge zu den Gehalten der Volksschullehrer; über die Beitragspflicht und das Beitragsverhältniß zur Unterhaltung der Vicinal- und Verbinbindungsstraßen, über Gemarkungsrechte und Zuweisung von Heimathslosen und sonstige auf dem öffentlichen Rechte beruhende Ansprüche, soweit über eine dieser Fragen zwischen mehreren Gemeinden oder Gemarkungsinhabern gestritten wird, endlich über Ansprüche an den Kreisverband und das Beitragsverhältniß zu dessen Bedürfnissen. Es gehören dahin ferner Angelegenheiten der Bodencultur, insbesondere Entwässerungs- und Bewässerungsanlagen, Anlegung von Feldwegen; die Ausübung der Jagd und Fischerei und die Benutzung des Wassers; die Frage der Schuldigkeit zu Staatsabgaben und deren Größe, sowie der Anspruch auf Zurückerstattung zur Ungebühr gezahlter Staatsabgaben; endlich die streitige Stimmberechtigung und Wählbarkeit bei Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen, sowie der Anspruch auf das Heimathsrecht, das Ortsbürgerrecht, das badische Staatsbürgerrecht.[2])

Die Organe dieser Administrativjustiz sind in Frankreich in erster Instanz die Conseils de préfecture, deren Mitglieder eine in jeder Hinsicht abhängige Stellung haben, auch an der sonstigen Administration theilnehmen, deren Verfahren nach Laferrière's eigenem Ausdruck von einer ‚Einfachheit ist, wie man solche in der Civiljustiz nicht antrifft, und sich in der That von dem gewöhnlichen formlosen administrativen Verfahren in nichts unterscheidet, als darin, daß die Resolute mit Gründen versehen sein müssen; seit 1863 ist jedoch ein öffentlich-mündliches contradictorisches Verfahren mit Zulassung von Anwälten zur Vertretung der Parteien eingeführt worden. Die Administrativjustizbehörde zweiter und letzter Instanz ist der Staatsrath, dessen Mitglieder, rechtlich beliebig entlaßbar, thatsächlich eine lebenslängliche Stellung haben und andere Verwaltungsämter nicht bekleiden dürfen, dessen Verfahren dem des gewöhnlichen Civilprocesses ziemlich genau nachgebildet ist, und nach einer geheimen Vorberathung in der section du contentieux mit einem öffentlich-mündlichen contradictorischen Verfahren vor der assemblée du conseil d'état délibérant en contentieux endigt. Indessen hat der Staatsrath streng genommen auch auf diesem Gebiete nur berathende und nicht entscheidende Befugnisse; der eigentliche Richter des Contentieux ist vielmehr der Kaiser, der die Decrete des Staatsraths durch seine Unterschrift legalisirt und das Recht besitzt, eine von dem Gutachten des Staatsraths abweichende Entscheidung zu treffen, die dann aber in den Moniteur und in das Bulletin des Lois eingerückt werden muß.

Die Organe der Verwaltungsrechtspflege sind in Baden in erster Instanz regelmäßig die Bezirksräthe, bestehend aus dem Bezirksamtmann und sechs bis neun Bewohnern des Bezirks, die auf Grundlage einer größeren, von der Kreisversammlung aufzu-

[1]) Das Einzelne bei Dareste, a. a. O. S. 220–652. Laferrière, Cours de droit public et administratif (edit. 5me), T. II. S. 515 ff., 541 ff.

[2]) Gesetz vom 5. Octbr. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung §§. 5. 15. 16

stellenden Liste vom Minister des Innern auf zwei Jahre ernannt werden, die übrigens auch bei der sonstigen Administration betheiligt sind; ausnahmsweise für die Ansprüche an den Kreisverband und das Beitragsverhältniß zu dessen Bedürfnissen eine Behörde, bestehend aus dem Kreishauptmann, zwei Bezirksamtmännern und Deputirten der einzelnen Bezirksräthe; endlich der Verwaltungsgerichtshof, bestehend aus einem Präsidenten und sechs Räthen, die in ihrer rechtlichen Stellung den Verwaltungsbeamten gleichstehen, für einzelne der angeführten Gegenstände, wie Steuerfragen und Staatsbürgerrecht, als erste und einzige, für alle übrigen Gegenstände als zweite und letzte Instanz.

Das Verfahren in Verwaltungsstreitigkeiten ist dem gerichtlichen auf allen Stufen möglichst nachgebildet.[1]

Endlich in Preußen ist ein nicht unbedeutendes Gebiet von Rechtsstreitigkeiten, die bei Verwaltungshandlungen sich ergeben können, der Justiz unterworfen, namentlich wenn es sich bei Verfügungen von Polizei- und Finanzbehörden um Verletzung eines auf speciellem Titel beruhenden Einzelrechts handelt, in welchem Falle ein förmlicher Civilproceß gegen die decretirende Behörde erhoben wird; außerdem wenn der von der Verwaltung angeblich Verletzte die Verpflichtung eines Dritten in dem concreten Falle, wie das namentlich bei Regulirung der Armenpflege vorkommen kann,[2] behauptet, wo dann die Klage seitens des angeblich Verletzten gegen den Dritten erhoben wird.

Im allgemeinen gilt jedoch der Grundsatz, daß der Rechtsweg „weder über wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte, noch gegen allgemeine, in Gegenständen der Regierungsverwaltung ergangene Verordnungen, noch über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Anlagen und Abgaben" stattfindet.[3]

Nach der Verfassungsurkunde Art. 96: „Die Competenz der Gerichts- und Verwaltungsbehörden wird durch das Gesetz bestimmt", steht zwar unzweifelhaft fest, daß die Anwendung von Verordnungen auf die Justiz- oder Verwaltungsqualität einer Sache ausgeschlossen sei, dagegen ist es mehr als zweifelhaft, ob aus jener Fassung die Nothwendigkeit einer anderweitigen generellen Regulirung der Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu folgern sei, für deren Inhalt jedenfalls eine staatsgrundgesetzliche Norm nicht gegeben ist.

Im allgemeinen liegt diese Administrativjustiz in der Hand der Verwaltung selbst.

An einer Garantie in der Form des Verfahrens für diese administrativ-contentiösen im Gegensatz zu den rein administrativen Sachen fehlte es bisher.[4]

[1] Vollzugsverordnung zu dem Gesetze über die Organisation der inneren Verwaltung vom 12. Juli 1864, §§. 48—82, §. 89 ff., §. 99 ff.

[2] In dem hier erwähnten Falle entscheidet die Regierung durch ein motivirtes, von dem Justitiar im Concept zu zeichnendes Resolut, gegen welches alternativ der Recurs an die höhere Verwaltungsbehörde, oder die Civilklage bei Gericht zulässig ist.

[3] Verordnung über die verbesserte Einrichtung der Provinzialpolizei- und Finanzbehörde vom 26. Decbr. 1808. Ueber das Einzelne von Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, I. 1. S. 236 ff, und die bekannten Schriften von Hobrecht, Sydow, Primker, Oppenhoff und Hartmann.

[4] Mit einer einzigen Ausnahme, herbeigeführt durch das Gesetz vom 22. Juni 1861, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen der allgemeinen Gewerbeordnung §. 71 ff. Danach können die Approbationen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Unternehmer von Kranken- und Irren-, von Erziehungs- und Unterrichtsanstalten, die Concessionen von Schauspielunternehmern und Unternehmern von Tanz- oder Fechtschulen, Bade- oder Turnanstalten, endlich die Bestallungen der Bauconducteure, Feldmesser, Mätler, Lootsen ꝛc. von der Verwaltungsbehörde zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargethan wird, auf deren Grund solche ertheilt wurden, oder wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel der erforderlichen und bei Ertheilung der Concession vorausgesetzten Eigenschaften klar erhellt. Eine solche Zurücknahme kann aber nur auf Grund einer schriftlichen Voruntersuchung und einer mündlichen Verhandlung durch Plenarbeschluß der Regierung erfolgen. Zu der Vor-

Dagegen bieten die Formen, in denen sich die preußische Verwaltung überhaupt bewegt, und noch mehr die persönliche Stellung ihrer Beamten solche Garantien allerdings dar. In beiden Beziehungen nehmen namentlich die Regierungen hinsichtlich der Intelligenz und gesicherten Stellung ihrer Mitglieder und hinsichtlich der collegialischen Form der Berathung eine Stellung ein, die sie den Obergerichten ebenbürtig macht und als „Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts" qualificirt.

Für die höchste Instanz wird sich allerdings im constitutionellen Staat, namentlich mit Rücksicht auf die Behandlung von Petitionen seitens des Landtags, die Frage aufdrängen, ob nicht im Anschluß an eine schon vorhandene Abtheilung des Staatsraths die Bildung eines von der laufenden Ministerverwaltung und von den zeitigen Landtagsmajoritäten unabhängigen Verwaltungsgerichtshofs mit fester Stellung seiner Mitglieder und öffentlich-mündlicher contradictorischer Verhandlung ins Auge zu fassen sei.[1])

In Bezug auf die neue Regulirung der Agrarverhältnisse haben die ausführenden Behörden, die Generalcommissionen, beziehungsweise die Regierungsabtheilungen, sowie das Revisionscollegium für die Landesculturſachen wegen des fortwährenden Eingreifens in Privatrechtsverhältnisse annähernd die Gestalt richterlicher Behörden mit Unterordnung unter das Obertribunal angenommen.

D. Die Verantwortlichkeit der Beamten aus Amtshandlungen.

Es fragt sich viertens, wie weit der Rechtsweg zulässig sei, insofern es sich nicht sowohl um eine Klage gegen die Staatsgewalt selbst, als vielmehr gegen die Person des ausführenden Beamten handelt, möge diese einen civilrechtlichen oder einen strafrechtlichen Inhalt haben.

Dergleichen kann als eine laufende geschäftliche Controle gemeint sein, und zwar als eine sehr wirksame, da die tausendfältigen Collisionen mit den persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen der Privaten, in welchen sich die tägliche Verwaltung befindet,

untersuchung wird der Angeschuldigte unter Mittheilung der Anschuldigungspunkte vorgeladen, und wenn er erscheint, gehört; es werden die Zeugen eidlich vernommen und die zur Aufklärung der Sache dienenden sonstigen Beweise herbeigeschafft; die Verrichtungen der Staatsanwaltschaft werden durch einen von der Regierung ernannten Beamten wahrgenommen; bei der Vernehmung des Angeschuldigten und dem Verhöre der Zeugen ist ein vereideter Protocollführer zuzuziehen. Nach Abschluß der Voruntersuchung überreicht der Beamte der Staatsanwaltschaft der Regierung die Anschuldigungsschrift. Der Angeschuldigte wird unter abschriftlicher Mittheilung derselben zu einer Plenarsitzung zur mündlichen Verhandlung vorgeladen. Bei der mündlichen Verhandlung, welche in nicht öffentlicher Sitzung stattfindet, gibt zunächst ein aus den Mitgliedern der Regierung ernannter Referent eine Darstellung der Sache, wie sie aus den bisherigen Verhandlungen hervorgeht. Der Angeschuldigte wird vernommen. Es wird darauf der Beamte der Staatsanwaltschaft mit seinem Vor- und Antrage und der Angeschuldigte mit seiner Vertheidigung gehört. Dem Angeschuldigten steht das letzte Wort zu. Der Angeschuldigte, welcher erscheint, kann sich des Beistandes eines Advocaten oder Rechtsanwalts als Vertheidigers bedienen. Der nicht erscheinende Angeschuldigte kann sich durch einen Advocaten oder Rechtsanwalt vertreten lassen, wenn nicht das persönliche Erscheinen des Angeschuldigten unter der Verwarnung angesagt ist, daß bei seinem Ausbleiben ein Vertheidiger nicht werde zugelassen werden. Es können auch mündliche Zeugenvernehmungen erfolgen. Die Entscheidung erfolgt, ohne an positive Beweisregeln gebunden zu sein, nach freier Ueberzeugung; sie muß mit Gründen versehen sein und wird in der Sitzung selbst verkündet. Ueber die Verhandlung ist ein Protocoll aufzunehmen. Für die Recursinstanz gelten diese Vorschriften nicht — Derartige Zurücknahmen sind auch nach der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 §. 53 noch zulässig; die in §. 21 aufgestellten Normen über Behörden und Verfahren führen für Preußen nur die Modification herbei, daß die Publication der Regierungsentscheidung in öffentlicher Sitzung erfolgen muß.

[1]) Gneist, Communalverfassung 2c., Bd. II, S. 1346 ff.

die Beamten einer endlosen Reihe von Verfolgungen und Bedrohungen aussetzen, und auf indirectem Wege die Verwaltung unter die Herrschaft der Justiz bringen würde.

Demgemäß findet sich das System, wonach die ordentlichen Gerichtshöfe über derartige Amtshandlungen lediglich in Gemäßheit des gemeinen Rechts urtheilen, weder in England, noch auf dem europäischen Continente [1].

Es besteht aber zwischen England und dem Continent die Differenz, daß dort materielle, hier formelle Schranken gezogen sind.

Indem in **England** einerseits die Gefahr eines aus der Parteiregierung hervorgehenden systematischen Mißbrauchs einer discretionären Beamten-Protection besonders nahe lag, andererseits die Rücksicht auf den Charakter des Ehrenamts der Friedensrichter sich geltend machte, die nach den Worten eines Gesetzes von Georg II. „leicht entmuthigt werden in der Ausübung ihres Amtes durch vexatorische Klagen wegen kleiner und unwillkürlicher Irrthümer in ihren Proceduren, und die deshalb sicher gestellt werden müssen in der Ausübung ihres Ehren- und Vertrauensamts, soweit es vereinbar ist mit der Gerechtigkeit und mit der Sicherheit und Freiheit der Unterthanen, über welche ihre Amtsgewalt sich erstreckt“: so ist man aus diesen Erwägungen zur Aufstellung sehr weitgehender, von den Grundsätzen des common law stark abweichender materieller Rechtsnormen gelangt, welche die Entschädigungspflicht und Verantwortlichkeit des Beamtenthums auf ein Minimum reduciren.

Es ist demgemäß eine Civilklage nur dann zulässig, wenn ein Beamter durch Verletzung wesentlicher Formen oder völlige Ueberschreitung seiner Jurisdiction, indem er etwa eine Haft oder ein Strafverfahren ohne vorherige eidliche Information verfügte, oder einen Haftsbefehl außerhalb seines Bezirks erließ, gleichsam als Nicht-Beamter, als Privatmann gehandelt hat. Eine Civilklage gegen Beamte wird also grundsätzlich verweigert; als Private sind sie andern Privaten für Eingriffe in Vermögens- und Freiheitsrechte zwar verantwortlich, genießen aber noch immer eine weitgehende Protection, sofern sie nur den Nachweis führen können, daß ihr Versehen auf bona fides beruht.

Die strafrechtliche Verfolgung findet gegen den bona fide handelnden Beamten niemals statt. Die Voraussetzung einer solchen ist in allen Fällen eine aus dolus hervorgegangene Verletzung der Amtspflicht, wie die Verhaftung eines Unschuldigen aus Rachsucht oder Uebermuth, die Verweigerung einer Gewerbeconcession aus Gewinnsucht. Der Nachweis solcher partial, corrupt, malicious motives, solcher private interest, resentment, oppression ist aber, da es sich nicht um bloße Meinungen handelt, äußerst schwierig zu führen, und Lord Brougham sagt gewiß mit vollem Recht: „Let him only give no reason for his conduct, and no power on earth can touch him.“ Außerdem hat die Kronanwaltschaft die Befugniß, jede derartige Anklage durch nolle prosequi niederzuschlagen [2].

---

[1] Auch in Amerika geht die Competenz der ordentlichen Gerichte keineswegs soweit, wie man vielfach annimmt; in zahlreichen Fällen dieser Art entscheidet der court of sessions, eine aus Friedensrichtern bestehende vom Gouverneur ernannte Grafschaftsbehörde die nach Tocqueville zwischen Verwaltung und Justiz in der Mitte steht, und deren Mitglieder in der Weise an der gewöhnlichen Verwaltung theilnehmen, daß die wichtigsten Acte des communalen Lebens unter ihrer Betheiligung erfolgen, und doch ein großer Theil der Grafschaftsverwaltung, wie die Errichtung von Gefängnissen, die Vorberathung des Grafschaftsbudgets, die Repartition der Grafschaftssteuern, die Verleihung gewisser Patente. die Sorge für die Grafschaftsbrücken und die Reparatur der Grafschaftswege in ihrer Hand liegt. Vgl. **Tocqueville**, De la démocratie en Amérique 14. édit. (Paris 1864), T. I. S. 121 ff. Die Frage verdiente übrigens auf Grund der Quellen eine eingehendere Erörterung als nach Maßgabe der Literatur möglich ist.

[2] **Gneist**, Das englische Verwaltungsrecht (2. Aufl. 1867) Bd. II. S. 705 ff. Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung (2. Aufl. 1863), Bd. II. S. 835 ff.

Gleichmäßig mit der Ausbildung des modernen Beamtenstaats und mit der Trennung der Verwaltung von der Justiz bildete sich sowohl in Frankreich als auch in Preußen die Tendenz aus, die Beurtheilung von Amtshandlungen der Administrativbeamten der Cognition der ordentlichen Gerichte mehr oder weniger zu entziehen. Wenn in Frankreich schon seit Ende des Mittelalters dergleichen Klagen zur Administrativjustiz gerechnet wurden, und zur Competenz der zahlreichen, schon damals bestehenden Administrativjustizbehörden wie die cour des aides, die chambre des comptes, die cour des monnaies, die juges d'amirauté, die juges des eaux et forêts, das conseil d'état gehörten, so hat in Preußen schon die Neumärkische Kammergerichtsordnung vom 11. December 1700 den Grundsatz aufgestellt, daß die Beamten zwar in Privatsachen vor die Regierungen (Obergerichte) gehören, daß aber davon die Sachen ausgenommen seien „so ihr Ambt und Bedienung selbst concerniren", es hat ferner die Verordnung wegen Verbesserung des Justizwesens vom 21. Mai 1713 vorgeschrieben, daß es „zur Kammer-Erkänntniß" gehört, „wann die Beambten wegen ihrer Funktion und Ambtsverrichtung besprochen, oder sonst zur Verantwortung deshalb gezogen werden", es hat endlich das Reglement vom 19. Juni 1749 eine sehr eingehende Sonderung versucht und insbesondere bestimmt, daß es zur Cognition der Kammer gehört, „wenn ein Kriegs- und Domänenrath oder ein anderer den Kammern subordinirter Beambter wegen ihrer Ambtsverrichtungen besprochen, oder dieserhalb zur Verantwortung gezogen werden, oder Jemanden in Ambtssachen injuriret haben." Gegenwärtig findet zwar in beiden Ländern eine civil- und strafrechtliche Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen vor den ordentlichen Gerichten statt; indessen abgesehen davon daß die strafrechtliche Verfolgung durch die Stellung der Staatsanwaltschaft thatsächlich der höhern Genehmigung unterliegt, so ist jede gerichtliche Beamtenverfolgung wegen Amts- und Dienstvergehen an eine vorgängige Erlaubniß gebunden, die zwar nicht von den vorgesetzten Dienstbehörden ertheilt wird, was in Preußen nach der Verfassung unzulässig sein würde, Art. 97, die aber in Frankreich an die Beurtheilung des Staatsraths, in Preußen an die Beurtheilung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Competenz-Conflicte gebunden ist. Während man aber in Frankreich mit dieser Einrichtung im ganzen zufrieden ist, so hat sich das deutsche Rechtsbewußtsein gegen dieselbe gesträubt. Die preußische Regierung hat deshalb, gestützt auf ein Gutachten jener Behörde selbst im Jahre 1861 einen die Aufhebung enthaltenden Gesetzentwurf eingebracht. Derselbe gelangte indessen nicht zur Annahme und die Einrichtung ist neuerdings auf die neuen Landestheile ausgedehnt. Die ganze Frage bedarf noch der ernstesten Erwägung [1].

E. Die Competenz-Conflicte.

Da überall die Abgrenzung zwischen Justiz, Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege nach sehr complicirten Gesichtspunkten erfolgt, so können natürlich leicht Con-

---

Justiz, Verwaltung, Rechtsweg (1869), S. 154 ff. — Stein, Verwaltungslehre, Th. I. Abth. 1. (2. Aufl. 1869), S. 413 ff. — Lord Brougham a. a. O. II. 371.

[1]) Für Frankreich Dareste, a. a. O. S. 514 ff, Laferrière, II, 563 ff.; für Preußen von Rönne a. a. O. II, 1. S. 412 ff., Koch in Gruchots Beiträgen Bd. V. S. 249 ff.; ganz besonders „Ueber die Befugniß der ordentlichen Gerichte zur straf- und civilrechtlichen Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen nach preußischem Recht. Von einem preußischen Richter, Berlin 1868." — Uebrigens sind auch in der Schweiz alle Civilklagen gegen Beamte wegen gesetzwidriger Amtshandlungen zunächst beim Bundesrathe anzubringen; wenn dieser die Zustimmung verweigert, so kann der Kläger dennoch den beklagten Beamten auf dem Civilwege belangen, muß jedoch vorher eine vom Bundesgericht zu bestimmende Caution leisten (Schweizer Bundesgesetz vom 9. December 1850 betreffend die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten.

flicte darüber entstehen, ob ein Gegenstand zur Justiz, zur Verwaltung, zur Verwaltungsrechtspflege gehöre.

Solche Competenz-Conflicte sind in doppelter Weise möglich, indem entweder eine Competenz in Anspruch genommen wird, was eben der regelmäßige Fall ist (s. g. positiver Competenz-Conflict) oder in Abrede gestellt wird (s. g. negativer Competenz-Conflict).

Die Wege, solche Conflicte zu lösen, sind wieder in den verschiedenen Ländern verschieden.

In England entscheiden darüber die Reichsgerichte.

In Preußen war bei der Neugestaltung des Jahres 1808 nur festgesetzt worden, daß die Sache höhern Orts zur Sprache zu bringen sei. Erst durch die Cabinetsordre vom 30. Juni 1828 wurde näher festgestellt, daß diejenigen Competenz-Conflicte, die nicht durch eine Vereinigung zwischen dem Justizminister und dem Minister der betreffenden Verwaltung erledigt würden, vermittelst eines Gutachtens des Staatsraths dem Könige vorgelegt werden sollten, welcher sich vorbehielt, entweder selbst zu entscheiden oder die Entscheidung dem obersten Gerichtshofe aufzutragen. Die mit dieser Einrichtung verbundenen Uebelstände führten zu dem Gesetze vom 8. April 1847, wodurch ein aus bleibenden Mitgliedern zu bildender Gerichtshof, bestehend aus dem Präsidenten des Staatsraths, dem Staatssecretär und neun andern Mitgliedern des Staatsraths, von denen fünf Justiz-, die übrigen vier Verwaltungsbeamte sein sollten, errichtet wurde. Wenn nun die Verfassungsurkunde Art. 96 festsetzt, daß über Competenz-Conflicte zwischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden ein durch das Gesetz bezeichneter Gerichtshof entscheiden soll, so ist dadurch einerseits die Einrichtung eines Gerichtshofs für Entscheidung der Competenz-Conflicte zu einer verfassungsmäßigen Einrichtung erhoben worden, so daß also eine principiell abweichende Einrichtung, etwa die Entscheidung der Competenz-Conflicte durch die Gerichte, nur auf Grund einer vorgängigen Verfassungsänderung möglich sein würde. Andererseits kann man jedoch zweifelhaft darüber sein, ob im Hinblick auf die Anforderungen, welche die Verfassungs-Urkunde in Art. 86. 87 an die Zusammensetzung und in Art. 93 an das Verfahren eines Gerichtshofs stellt, der Competenz-Gerichtshof des Gesetzes von 1847 auch der verfassungsmäßig richtige sei, da einerseits die Mitglieder zwar thatsächlich nach einer Erklärung des Justizministers in ihren Functionen dauernd belassen sind, eine derartige rechtliche Garantie aber nicht existirt, und da andererseits das Verfahren geheim und schriftlich ist.

Wenn eine Zeit lang die Klagen über angebliche „Trockenlegung" der Justiz gegen die Existenz dieser Behörde gerichtet waren, so hat man doch alsbald anerkennen müssen, daß die Urtheile durchgängig auf unzweifelhaft richtiger Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen über die Ressortverhältnisse beruhen, daß eine Beeinträchtigung der Justiz einer Behörde nicht vorzuwerfen ist, welche in einer ganzen Reihe von Fällen gegen die übereinstimmenden Urtheile der beiden Instanzgerichte den Rechtsweg für zulässig erklärt hat, daß also bei Beseitigung dieser Behörde für die Justiz außer der Ehre sich selbst für incompetent zu erklären, wenig gewonnen sein würde.

In Frankreich gebührt die Entscheidung der Competenz-Conflicte dem Staatsrathe, der dabei ganz wie bei den Entscheidungen des Contentieux verfährt, oder vielmehr nach den oben dargelegten Grundsätzen strenggenommen dem Kaiser. Die Competenz-Conflicte heißen technisch conflits d'attribution, im Unterschied von den conflits de jurisdiction, die zwischen Behörden desselben Ressorts entstehen.

IV. Innere Verwaltung.

Wenn die Wirksamkeit der Staatsgewalt zu allen Zeiten im allgemeinen auf auswärtige Verhältnisse und Kriegswesen, auf Justiz und innere Verwaltung, sowie auf Herbeischaffung der für alle diese Functionen erforderlichen materiellen Mittel, Finanzwesen, sich erstreckt hat, so ist doch der Umfang der staatlichen Thätigkeit auf diesen verschiedenen Gebieten nach Zeiten und Völkern ein sehr verschiedener gewesen.

Und zwar hat die innere Verwaltung, die öffentliche Sorge für das individuelle Wohl, in germanischen Staatsverhältnissen am spätesten sich ausgebildet.

Es sind wieder zwei Stadien in dieser Entwickelung zu unterscheiden, insofern die Staatsgewalt in dieser Hinsicht anfangs auf eine mehr negative Thätigkeit auf Abwendung von Gefahren, welche den Einzelnen aus den Kräften der umgebenden Natur, oder aus dem rechtswidrigen Beginnen der Menschen bedrohen, auf Sorge für Sicherheit, auf Friedensbewahrung gerichtet war, und erst in neueren Zeiten, hier früher, dort später, in größerer oder geringerer Ausdehnung, je nach der Anlage des Volksgeistes und nach dem Bewußtsein der Nationen über das Wesen des Staats, zur positiven Förderung der Einzelexistenzen fortgegangen ist, und durch Sammlung und Verwendung der staatlichen Gesammtkraft in Bezug auf Verkehrswesen, Landesculturpflege, Förderung von Kunst und Wissenschaft ein umfassendes System moderner innerer Verwaltung geschaffen hat [1]).

In der Terminologie hat dieser Entwickelungsgang seine Spuren bis heute zurückgelassen.

Wenn einst die gesammte innere Verwaltung als *πολιτεία* der Justiz gegenüber trat, so wurde der Ausdruck Polizei doch vorzugsweise auf die zur Erhaltung der Sicherheit nothwendigen Einrichtungen und Maßregeln auf die negativen Functionen der inneren Verwaltung angewendet. Man hat dann zwar später auch die positive Seite der inneren Verwaltung Polizei genannt, von einer Unterrichts- und Landwirthschaftspolizei (Meliorationswesen) gesprochen, die sämmtlichen Behörden der inneren Verwaltung Polizeibehörden, die gesammte Wissenschaft der inneren Verwaltung Polizeiwissenschaft genannt. Die erstere Bedeutung von Polizei ist aber auf die Dauer in Theorie und Praxis die überwiegende geblieben. Man hat daher nach heutigem Sprachgebrauch die Polizei von der inneren Verwaltung zu scheiden, jedoch nicht in dem Sinne, daß sie ein besonderes Gebiet wäre, sondern in dem Sinne, daß sie der ganzen inneren Verwaltung immanent ist, und stets die negative Seite derselben bezeichnet, so daß sie auf jedem einzelnen Gebiete sich vorfindet. Da jedoch weder begrifflich noch praktisch die positive und die negative Seite der inneren Verwaltung sich überall scharf von einander trennen lassen, wie das namentlich auf den Gebieten des Sanitätswesens, des Fremdenwesens, des Bauwesens hervortritt, so haftet dem Begriffe der Polizei noch immer eine Unbestimmtheit an, die denselben namentlich zu gesetzlicher Feststellung schwer definirbar macht [2]).

---

[1]) Der Unterschied zwischen der negativen und positiven Seite der inneren Verwaltung tritt in den §§. 2 und 3. Tit. 13. Th. II. A. L. R. klar hervor; §. 2: „Die vorzüglichste Pflicht des Oberhaupts im Staat ist, sowohl die äußere als innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten, und einen Jeden bei dem Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen." §. 3: „Ihm kommt es zu, für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheit verschafft werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden."

[2]) Stein, Verwaltungslehre I, 197. II, 62 ff. IV, 2 ff. — Rau, Ueber den Begriff der Polizei (Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 1853).

Die einzelnen Theile der inneren Verwaltung, das System derselben, bieten uns die großen Elemente des inneren Staatslebens dar. Man scheidet danach eine Verwaltung des persönlichen, wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens. Die Verwaltung des persönlichen Lebens bezieht sich sowohl auf das physische, wie auf das geistige Leben der Persönlichkeit, umfaßt in jener Beziehung das Bevölkerungs-, Gesundheits- und Pflegschaftswesen, in dieser Beziehung Unterrichts-, Bildungs- und Cultuswesen. Die Verwaltung des wirthschaftlichen Lebens enthält zunächst die auf das gesammte Wirthschaftswesen bezüglichen Verhältnisse der Entäußerung (Grundentlastung, Ablösung, Gemeinheitstheilung) des Verkehrswesens, des Umlaufswesens, des Creditwesens, sodann die besonderen Arten des Wirthschaftswesens, wie Urproduction, Land- und Forstwirthschaft, Gewerbe, Industrie, Handel, geistiges Eigenthum. Die Verwaltung des gesellschaftlichen Lebens endlich umfaßt das Familienwesen, Classenwesen und die ständische Ordnung [1]).

V. Staatsverwaltung und Communalverwaltung.

Die Verwaltung erfolgt entweder durch den Staat, oder durch Genossenschaften öffentlich rechtlichen Charakters, die wie der Staat auf territorialer Grundlage und auf Zwangsmitgliedschaft beruhen — Communen im weiteren Sinne. Die Staatsverwaltung ist entweder Local- oder Kreis-, Bezirks-, Provinzial- und Centralverwaltung (System der administrativen Centralisation und Decentralisation).

Die Communalverwaltung bezieht sich entweder auf allgemeinere, durch örtliches Zusammenwohnen entstandene Zwecke: Communalverwaltung im eigentlichen Sinn, die wieder auf verschiedene Weise als Verwaltung der Localgemeinde, der Sammtgemeinde, der Kreis-, Bezirks-, Provinzialgemeinde erscheint, oder auf einzelne specielle Zwecke: System der Verwaltungsgemeinden, unter deren Arten besonders die Schulsocietäten, die Landarmen-, Wege- und Deichverbände, die Jagd- und Entwässerungsgenossenschaften, die Creditinstitute, endlich die Kirchengemeinden niederer und höherer Stufe hervorzuheben sind.

Staats- und Communalverwaltung werden entweder durch Berufs- oder durch Ehrenämter, oder durch eine Combination beider Elemente geführt. Die Staatsverwaltung durch Ehrenämter ist der Begriff des englischen Selfgovernment, die Communalverwaltung in der Combination von Berufs- und Ehrenamt ist der Begriff der Selbstverwaltung im deutschen Sinne.

Sowohl die Staats- als auch die Communalverwaltung mit oder ohne Ehrenämter werden entweder in bureaukratischen oder in collegialischen Formen gehandhabt. Der neuerdings mehrfach aufgestellte Begriff von Bureaukratie fällt mit dieser Eintheilung keineswegs zusammen; derselbe ist aber überhaupt schwer zu definiren, und weniger ein wissenschaftlicher Begriff, als ein politisches Schlagwort, mit dem die verschiedenen Parteien sehr verschiedene Bedeutungen verbinden.

A. Die Staatsverwaltung.

In England beruht dieselbe für die untern Stufen noch immer wesentlich auf dem Amte der Friedensrichter.

Das Friedensrichteramt charakterisirt sich durch zweierlei.

[1]) Stein, Verwaltungslehre II, 56; Mohl, Polizeiwissenschaft, 3. Aufl. 1866; Mohl, Staatsrecht des Königreichs Würtemberg, Bd. II; Pözl, Bairisches Verwaltungsrecht, München 1856; v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. II. Abth. 1. 2.

Dasselbe ist erstens ein Staatsamt; denn es wird einerseits von der Krone verliehen und bleibt auch zur Disposition der Krone, wie die jährliche Erneuerung der Commissions und die Befugniß zur jederzeitigen Zurücknahme derselben beweist, und es bezieht sich andererseits auf wirkliche staatliche Hoheitsrechte, auf die Verwaltung von Militär- und Steuerangelegenheiten, auf die staatsseitige ziemlich tief eingreifende Controle und Leitung des Communalwesens, endlich auf eine ausgedehnte Polizeiverwaltung, die sich dem Umfange nach zwar wesentlich auf das System der alten Friedensbewahrung, ausnahmsweise jedoch auch auf einzelne Zweige der modernen Wohlfahrtspolizei, der Art nach sowohl auf die Handhabung der Orts- wie der Landespolizei erstreckt.

Dasselbe ist zweitens ein Ehrenamt, von dem Nachweise eines höheren Grundsteuer-Reinertrags abhängig, ohne an eine sonstige Qualification gebunden zu sein, und ohne die Voraussetzung einer ausschließlichen Hingabe an den Dienst, der von einer ganz exorbitanten Anzahl von Friedensrichtern geleistet wird, und in jedem einzelnen Falle mehr oder weniger auf Freiwilligkeit beruht.

Wie nun auch diese friedensrichterliche Verwaltung innerhalb ihrer Sphäre sich bewährt haben mag, jedenfalls hat sie sich zur Erfüllung der modernen Staatsaufgaben zur Handhabung einer Wohlfahrtspolizei unzureichend erwiesen. Wenn einst Vincke „keine Ministerialdivisionen und Bureaux oder General- und Landesdirectorien, keine Ober- und Unterpräfecten, keine Regierungs- und Kammercollegien, keine Land- und Steuerräthe, keine Gensdarmen und Polizeicommissäre, fast gar keine sichtbaren Regierungsbeamten" vorfand, so vermißte er doch zu gleicher Zeit „Sorge für Volkserziehung, für Medicinalpolizei, genügende Vorbeugungsmaßregeln gegen Lebens- und Eigenthumsgefahren", und fand dagegen „ausgedehnte wüste Gemeinheiten, eine Armenpflege, welche nur darauf berechnet schien, alle Menschen arm zu machen" [1]). Und in demselben Maße, wie nun seit der Reformbill die Pflege derartiger Interessen, insbesondere die Sorge für die untern Classen auf den Gebieten des Armen-, Gesundheits-, Unterrichts- und Fabrikwesens gefördert worden ist, hat sich ein Berufsbeamtenthum und ein Behördensystem ausgebildet, welches dem continentalen Verwaltungsapparate durchaus entspricht.

Dies englische Beamtenthum entbehrt jedoch jeder wissenschaftlichen Fachbildung; die seit 1855 eingeführten Prüfungen sind lediglich auf Elementarbildung gerichtet, die Zurückweisungen erfolgen wegen schlechter Handschrift, wegen grober Unwissenheit im Buchstabiren und Rechnen. Die Anstellungen beruhen zum weitaus größten Theil auf Parteipatronage; nach der Schilderung von Lord John Russel in der Weise, daß, wenn eine Stelle im Stempel- oder Postamt vacant ist, die Treasury an den Abgeordneten für die Grafschaft oder den Flecken, der mit der Regierung stimmt, schreibt und ihn auffordert, eine Person zu recommandiren. Niemand leugnet nach Gneists Ausdruck, daß bei Anstellungen in erster Linie an Brüder und Schwiegersöhne der Parlamentsminister gedacht wird, dann an Parlamentsmitglieder, deren Stimmen wichtig sind, und deren Angehörige, dann an Protégés der Minister, Peers und Unterhausmitglieder, dann auch wohl an talentvolle Zeitungsredacteure und Pamphletschreiber (z. B. wurde Punch mit 1000 L., Examiner mit 800 L., Mr. Proctor mit 1500 L. angestellt), dann auch wohl an eine entschieden tüchtige Capacität oder einen eifrigen Subalternbeamten, in unteren Stellen an Privatsecretäre und Kammerdiener. Die Anstellungen erfolgen ferner nicht auf Lebenszeit (during good behaviour), sondern auf Widerruf (during pleasure), und so wenig von der grundsätzlichen Entlaßbarkeit thatsächlich Gebrauch gemacht wird, rechtlich ist

[1]) Darstellung der inneren Verwaltung Großbritanniens von L. Freiherrn v. Vincke. Herausgegeben von B. G. Niebuhr. 2. Aufl. Berlin 1848. S. 1. 3.

die Stellung der englischen Beamten durchaus precär. Endlich findet eine Beförderung nicht nach Verdienst, sondern nur nach Anciennetät statt. Die Aussicht auf die höchsten Stellen ist aber dem englischen Beamtenthume überhaupt verschlossen, da nicht blos die Ministerien selbst, sondern auch die mit denselben wechselnden s. g. politischen Aemter, etwa 60, mit Parlamentsmitgliedern besetzt werden, ein Parlamentssitz aber mit einer eigentlichen Beamtenstellung in der Regel incompatibel ist.

Die Behörden dieses modernen Administrativsystems sind in streng bureaukratischer Weise, auch bei scheinbarer Collegialität, organisirt, und zugleich stark centralisirt; ständige Provinzialbehörden fehlen, die reisenden Inspectoren haben keine entscheidende Gewalt [1].

In Frankreich liegt die eigentliche Entscheidung für die ganze Sphäre der inneren Verwaltung und zwar bis in die untersten Instanzen in der Hand von Berufsämtern. Diese sind überall da, wo es zunächst auf Handeln ankommt, bureaukratisch organisirt und nur für die Stufen der Central- und Provinzialverwaltung finden sich neben den Ministern und den Präfecten aus Berufsämtern bestehende Collegien: der Staatsrath und der Präfecturrath, die jedoch für die eigentliche Verwaltung auf eine lediglich berathende Stellung beschränkt sind. Innerhalb dieses Behördenorganismus hat die im Präfecten concentrirte Provinzialverwaltung gegenüber der ministeriellen Centralverwaltung seit dem Decentralisationsdecrete vom 25. Mai 1852 [2]) eine gewisse Selbstständigkeit erlangt, indem eine beträchtliche Anzahl von Gegenständen aus der Communalverwaltung, aus dem Gebiet des Landesculturwesens, aus der Verwaltung der indirecten Steuern, der Domänen und Forsten, und eine nicht minder beträchtliche Anzahl von Stellenbesetzungen in den verschiedensten Zweigen des öffentlichen Dienstes, den Präfecten zur selbstständigen Erledigung überwiesen wurden. Der bei jener Gelegenheit officiell ausgesprochene Gedanke, daß man wohl von fernher regieren, aber nur aus der Nähe verwalten könne, hat auf die Stellung der Verwaltungsbehörden vom Präfecten abwärts insbesondere auf die Stellung der Unterpräfecten und Mairs keinen Einfluß geübt, diese erschienen vielmehr ohne jede selbstständige Initiative lediglich als commissaires de partis.

Als „fragmentarische Ergänzung" dieses Beamtenstaats ist dann ein populäres Element in den s. g. Conseils herbeigezogen; das conseil général neben der Verwaltung des Präfecten, das conseil d'arrondissement neben der Verwaltung des Unterpräfecten; das conseil municipal neben der Verwaltung des Maire. Alle diese Conseils beruhen auf dem allgemeinen Stimmrecht. Sie haben eine gewisse reale Bedeutung für die Gebiete der Communal- und Interessenverwaltung, für die staatliche Administration ist ihre ganze Thätigkeit nur eine scheinbare [3]).

In Preußen sind die Stufen der Local-, Kreis-, Bezirks-, Provinzial- und Centralverwaltung genauer von einander zu unterscheiden.

1. Die Localverwaltung.

Die Organisation derselben bietet eine große Mannichfaltigkeit von Gestaltungen dar.

Indem es der Ritterschaft in einem großen Theile von Deutschland, insbesondere in den durch Eroberung gewonnenen östlichen Gegenden, gelungen war, gestützt auf großen

[1]) Gneist, Das Englische Verwaltungsrecht, Th. II. S. 678 ff. 601 ff. 1343 ff. Justiz, Verwaltung, Rechtsweg, S. 78. 132.
[2]) Abgedruckt bei Laferrière a. a. O. II, 608 ff.
[3]) Stein, Verwaltungslehre I, 390 ff. 420 ff. 476 ff.; Gneist, Justiz, Verwaltung, Rechtsweg, S. 106 ff.

Grundbesitz und militärische Stellung, den größten Theil des platten Landes in persönlicher und dinglicher Beziehung sich zu unterwerfen, und die altgermanische Feldmark mit ihrer gleichberechtigten Hufe in herrschendes Hoffeld und unterthäniges Bauernfeld zu verwandeln, das gesammte Areal entweder in unmittelbaren oder mittelbaren Besitz zu bringen, so hatte sich alsbald aus dem Dominium ein Imperium entwickelt, indem die Hintersassen unter der landesherrlichen Gewalt hinweggezogen, die Rittergüter zu kleinen Territorien gemacht wurden, und in den Händen der Besitzer eine ortsobrigkeitliche oder polizeiobrigkeitliche Gewalt sich bildete, die nicht den Charakter eines Amts, sondern eines aus privatrechtlichem Titel fließenden selbstständigen Rechts hatte.

Dies Verhältniß verlor aber seine Grundlage in demselben Augenblicke, wo die wirthschaftlichen Beziehungen zwischen Gutsherrschaft und Hintersassenschaft gelöst, die privatrechtliche Unterthänigkeit aufgehoben wurde.

In dem s. g. Steinschen Testamente — dem Rundschreiben an die Oberbehörden vom 24. November 1808 — war diese Sachlage klar erkannt. „Regierung," heißt es dort, „kann nur von der höchsten Gewalt ausgehen; sobald das Recht, die Handlungen eines Mitunterthans zu bestimmen, mit einem Grundstücke ererbt oder verkauft werden kann, verliert die höchste Gewalt ihre Würde und im gekränkten Unterthan wird die Anhänglichkeit an den Staat geschwächt; nur der König sei Herr, insofern diese Benennung die Polizeigewalt bezeichnet, und sein Recht übe der aus, dem er es jedesmal überträgt." Und in voller Uebereinstimmung damit erklärte der König in einer am folgenden Tage erlassenen Cabinetsordre „Ich bin Willens, die Polizeigewalt nicht ferner von dem Besitze eines Grundstücks abhängen zu lassen; die Polizei soll, wie es in anderen Staaten geschieht, nicht von den Grundbesitzern, sondern von Orts- und Kreispolizeibehörden verwaltet werden."

Erst die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 40 und die Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 42 haben wörtlich gleichlautend die Aufhebung der gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte, insbesondere der gutsherrlichen Polizei und obrigkeitlichen Gewalt ausgesprochen. Demgemäß hatte die Gemeindeordnung sowie das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 die Handhabung der Ortspolizei als staatliches Hoheitsrecht in allen städtischen und ländlichen Communen dem Gemeindevorstande übertragen. Es war gleichzeitig dem Minister des Innern ein sehr umfassendes Recht zur Einsetzung königlicher Polizeiverwaltungen und andererseits der Staatsregierung die Befugniß beigelegt worden, Gemeinden, welche eine genügende Polizeiverwaltung aus eigenen Kräften herzustellen nicht vermöchten, mit benachbarten Gemeinden zu einem Polizeibezirke zu vereinigen. Die Geschäftsführung sollte regelmäßig geeigneten Eingesessenen des Bezirks, Kreisamtmännern, als Ehrenamt und nur ausnahmsweise auf Kosten des Bezirks anzustellenden Commissarien übertragen werden.

Diese Organisation ist aber nirgends in erheblichem Maße zur Ausführung gebracht, und durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 betreffend die Aufhebung der Gemeindeordnung wiederum beseitigt. Das Gesetz vom 14. April 1856 hat dann auch den Art. 42 der Verfassungsurkunde abgeändert, und das Gesetz über die ländlichen Ortsobrigkeiten von demselben Tage die gutsherrliche Polizeigewalt in den östlichen Provinzen neu geregelt [1]).

Demgemäß besteht die gutsherrliche Polizeigewalt gegenwärtig in den Provinzen Preußen, Pommern, Brandenburg, Sachsen und Schlesien.

---

[1]) von Rönne, Staatsrecht I, 1. 288 ff. 298 ff.

In der praktischen Handhabung besteht ein großer Unterschied, je nachdem ein Privater oder der Staat als Gutsherrschaft erscheint. Wärend der sonstige Gutsbesitzer seine Polizeigewalt entweder selbst oder durch einen Stellvertreter ausübt, und regelmäßig seinen Wirthschaftsinspector zum Polizeidirector ernennt, der sich dann thatsächlich um die Polizeiverwaltung wenig bekümmert, so beauftragt der Domänenfiscus mit der Besorgung seiner Gutspolizei über die s. g. Amtsdörfer entweder Domänenpächter (s. g. Domänenämter) oder Subalternbeamte (s. g. Domänenrentmeister), die zunächst für die Einziehung der Domänen-Amortisations-Renten und Forstgefälle eingesetzt sind, deren Gehalte auf dem Etat des Finanzministeriums, und zwar unter den Verwaltungskosten und Lasten der einzelnen Einnahmezweige, nicht unter den Staatsverwaltungskosten stehen, die aber dennoch in erster Linie Polizeibeamte sind, von ihrer Polizeigewalt auch häufig einen sehr ausgedehnten Gebrauch machen, und mit der allen Subalternen gemeinsamen Neigung zum Bureaudienst, auch in ihrem Verhalten gegen das Publicum, welches gerade an dieser Stelle am häufigsten mit dem Staate in Berührung kommt, die abstoßenden Eigenschaften der Büreaukratie verbinden.

In der Provinz Schleswig-Holstein hat sich zwar eine gutsherrliche Polizeigewalt gleichfalls erhalten, in denjenigen ländlichen Districten jedoch, in welchen die Wahrnehmung der amtsobrigkeitlichen und polizeilichen Geschäfte bisher landesherrlichen Beamten übertragen war, sind nach durchgeführter Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung Districtsbeamte angestellt worden, die in Schleswig Hardesvögte, in Holstein Kirchspielsvögte heißen, und denen außer der Besorgung der ortspolizeilichen Geschäfte auch noch die Verwaltung der landräthlichen Obliegenheiten unter der Aufsicht des Landraths, sowie die selbstständige Erledigung einzelner Geschäftszweige als ständiger Commissarien des Landraths oder der Regierung, namentlich auf den Inseln ausdrücklich übertragen werden kann [1].

In der Provinz Posen, in Westphalen, in der Rheinprovinz, in Hessen-Nassau und in Hannover übt der Staat als solcher die Localverwaltung aus.

Die Einrichtungen sind aber wieder sehr verschieden.

Die Districtscommissarien der Provinz Posen sind reine Staatsbeamte, zugleich bloße Subalterne. Die Amtmänner des Regierungsbezirks Wiesbaden, die Landräthe des Regierungsbezirks Cassel, die Amtshauptmänner der Provinz Hannover sind reine Staatsbeamte, gehören jedoch dem höheren Verwaltungsdienste an. Die rheinischen Bürgermeister sind gleichzeitig Staats- und Communalbeamte, indem sie vom Staate ernannt sind, und in erster Reihe staatliche Functionen zu versehen haben, aber doch zugleich Vorsteher einer Commune sind, sei es einer Einzelgemeinde, sei es einer Sammtgemeinde, von der sie auch unter staatlicher Festsetzung ihre Besoldung empfangen. In den westphälischen Amtmännern endlich wiederholt sich jenes Doppelverhältniß von Staats- und Communalbeamten in ganz analoger Weise; zugleich aber ist das Amt principiell als ein „Ehrenamt“ gedacht, „mit welchem nur eine feste Entschädigung für Dienstunkosten verbunden ist, und welches einem angesehenen und vorzugsweise aus den größeren Grundbesitzern auszuwählenden Eingesessenen übertragen werden soll“; und nur wegen des häufigen Mangels an geeigneten Candidaten ist das Amt thatsächlich zu einem besoldeten Berufsamt geworden [2].

---

1) Verordnung vom 22. September 1867, betreffend die Organisation der Kreis- und Districtsbehörden von Schleswig-Holstein §. 4.

2) Verordnung vom 22. Februar 1867, betreffend die Organisation der Verwaltungsbehörden in dem ehemaligen Kurfürstenthume Hessen ꝛc. §. 8. 9. — Verordnung vom 12. Sept. 1867, betreffend die Amts- und Kreisverfassung in der Provinz Hannover, § 1. 2. 4. 7. — Revidirte Amtsordnung vom 10 Mai 1859, §. 1—18. 37. 41—46. — Rheinische Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845, §. 103. 107. 108. — Westphälische Landgemeindeordnung vom 19. März 1856. §. 69 ff.

Digitized by Google

Eine von allen bisherigen abweichende Organisation für die Localverwaltung ist neuerdings in Baden ins Leben geführt. Wie bei der Entscheidung gewisser öffentlich rechtlicher Streitigkeiten, so steht auch bei der sonstigen staatlichen Verwaltung dem Bezirksamte ein Bezirksrath, in welchen sechs bis neun Bewohner des Amtsbezirks vom Ministerium des Innern aus einer von der Kreisversammlung aufgestellten Liste für je zwei Jahre berufen werden, zur Seite. Dieser Bezirksrath wirkt theils als berathende Behörde bei allen das Interesse des Bezirks berührenden allgemeinen Maßregeln nach Art eines französischen Conseil, theils als beschließende Behörde, insbesondere als Aufsichtsinstanz über das Gemeindewesen, und als Polizeibehörde in Bezug auf Concessionswesen und gewerbliche Anlagen, theils endlich durch die einzelnen Mitglieder, indem der Amtsbezirk unter diese zu persönlicher Theilnahme insbesondere an der Handhabung der Landespolizei und an der Aufsicht über die Ortspolizei vertheilt wird, so daß auf diese Weise über fünfhundert freiwillige Polizeibeamte gewonnen sind.[1])

2. Die Kreisverwaltung.

Schon im sechzehnten Jahrhundert finden sich in der Mark Brandenburg die Anfänge einer kreisständischen Verwaltung. Unter den Kreisen verstand man aber ursprünglich die Altmark, Mittelmark, Ukermark und Priegnitz, und erst allmählig bildeten sich durch weitere Theilungen, am frühesten in der Mittelmark und Altmark, die Kreise in ihrer spätern Gestalt aus.[2])]

Zur Competenz dieser kreisständischen Verwaltung gehörte insbesondere das Steuerwesen, und zwar in früh vollzogener Trennung des platten Landes von den Städten, die insbesondere dadurch herbeigeführt war, daß die ländlichen und städtischen Abgabenverhältnisse von Grund aus verschieden waren; die Kreisstände bestanden also lediglich aus der Ritterschaft.

Als Organ der Kreisstände erschienen die Kreisdirectoren oder Landräthe.

Das Landrathsamt war ursprünglich ein reines Communalamt, durch Wahl der Ritterschaft aus ihrer Mitte besetzt, und lediglich zur Wahrnehmung ständischer Geschäfte, insbesondere zur Leitung der kreisständischen Verhandlungen und zur Vertretung der kreisständischen Rechte bestimmt.

Das Landrathsamt war ferner ein reines Ehrenamt, die normale Einrichtung einer Zeit, wo die Geschäfte von einer Einfachheit waren, daß sie neben dem Betriebe der Landwirthschaft von dem Gute aus ohne übermäßige Betheiligung von Subalternen besorgt werden konnten.

Neben den Landräthen kamen als weitere ständische Ehrenämter zu ihrer Unterstützung Kreisdeputirte, als ständische Berufsämter der Kreissyndicus, Kreiseinnehmer, Kreiskassencontroleur, Kreiskassenrendant, Kreissecretär vor. Die Kreiskasse war eine rein ständische Kasse, aus der die Abgaben an den Landesherrn entrichtet, die Administrationskosten und Gehälter bestritten wurden.

---

[1]) Gesetz vom 5. Octbr. 1863 §§. 2—9. Verordnung vom 20. Aug. 1864, die polizeilichen Functionen der Bezirksräthe betreffend.

[2]) Vgl. darüber: „Die Kurmark Brandenburg, ihr Zustand und ihre Verwaltung unmittelbar vor dem Ausbruche des französischen Krieges im October 1806. Von einem ehemaligen höheren Staatsbeamten — Ober-Präsidenten von Bassewitz — Leipz. 1847", S. 159 ff. Das Werk hat zwei Fortsetzungen: „Die Kurmark Brandenburg im Zusammenhange mit den Schicksalen des Gesammtstaats Preußen während der Zeit vom 22. October 1806 bis zum Ende des Jahres 1808, 2 Bde, Leipz. 1851, 1852", und „Die Kurmark Brandenburg &c. während der Jahre 1809 und 1810, Leipz 1860". Für die Geschichte der preußischen Verwaltung ein Quellenwerk ersten Ranges.

Mit der Ausbildung des modernen Verwaltungsorganismus hört jedoch die selbstständige kreisständische Administration schon früh auf; und auch das Landrathsamt wird durch Uebertragung vieler staatlicher Functionen, durch Unterordnung unter rein staatliche Behörden, und durch Ansprüche auf eine besondere geschäftliche Qualification im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts, namentlich in Folge der Organisationen Friedrich Wilhelms I., zu einer Mischung von Communal- und Staatsamt, in gewissem Sinne auch bereits zu einer Mischung von Ehrenamt und Berufsamt.

Bei der Reorganisation der gesammten innern Verwaltung zu Anfang dieses Jahrhunderts wurde überall der staatliche Charakter des Landrathsamts auf das bestimmteste in den Vordergrund gestellt. Und nur darüber fand zwischen Vincke und Stein auf der einen und zwischen Hardenberg auf der andern Seite eine Differenz statt, daß jene das Landrathsamt als staatliches Ehrenamt, dieser als staatliches Berufsamt reorganisiren wollte. Die Vorschläge Vincke's sind in einer auf Steins Veranlassung abgefaßten Denkschrift, über die Organisation der Unterbehörden für die Polizei vom August 1808 niedergelegt; sie tragen in allen wesentlichen Beziehungen die Züge des englischen Friedensrichteramts: Ernennung durch den König aus Grundbesitzern und Notabeln; Theilung des jetzigen Landrathsamts unter Mehrere, die sämmtlich den Namen Landräthe führen sollen; Einzelverwaltung mit concurrirender Jurisdiction; Deputationen und vierteljährliche Sitzungen, letztere ebenso wohl Kreistage als administrative Beschwerdeinstanz. Diese Ideen sind von Stein in seinen Randbemerkungen im großen und ganzen gebilligt, im einzelnen aber mehrfach ermäßigt, indem er zwar die Ernennung von zahlreicheren Kreisdeputirten, allenfalls mit concurrirender Jurisdiction, guthieß, die Beibehaltung der bisherigen Landräthe jedoch, mindestens in der Stellung des englischen Quorum, verlangte. Der baldige Rücktritt Steins machte solchen Plänen ein Ende.[1] Dagegen haben die Ideen Hardenbergs in einem Stücke der Gesetzsammlung einen sehr deutlichen Ausdruck gefunden. Das berühmte Edict wegen Errichtung der Gensdarmerie vom 30. Juli 1812 enthält außer einer vollständigen Kreiscommunalordnung insbesondere auch eine völlige Neuordnung der Kreisverwaltung. In der Absicht, die Mängel zu beseitigen, „welche der Wirksamkeit der Staatsregierung in Bezug auf das platte Land hinderlich sind", werden, unter einer sehr durchgreifenden Beseitigung des bisherigen landräthlichen Personals, Kreisdirectorien eingerichtet, denen die Polizeiverwaltung als erste Landespolizei-Instanz und als Oberbehörde der Gemeinde- und Localpolizei mit Einschluß der Aufsicht über die Gemeinden und Corporationen, der Kirchen- und Schulangelegenheiten, des Conscriptions-, Marsch- und Einquartirungswesens und der Militärverpflegung, sowie die Curatel der Finanz- und Kassenverwaltung von allen Staatseinkünften aus dem Kreise, endlich die Direction der Kreiscommunalverwaltung „wegen der immer ineinanderlaufenden Staats- und Communalinteressen" übertragen wird, doch so, daß das Amt des Kreisdirectors künftig vom Staate aufgetragen werden, und weder eine ständische Wahl, noch ein ständischer Repräsentativcharakter fortbestehen soll. Die Kreisdirectoren erhalten das für jene Zeit bedeutende Einkommen von 1200 Thlrn. nebst 400 Thlrn. für Equipage und Büreaukosten; sie müssen ihren Wohnsitz in der Kreisstadt nehmen. Der nächste Gehülfe des Kreisdirectors ist der Kreisbrigadier; er bearbeitet in und außer dem Büreau und unter Leitung des Kreisdirectors alle Angelegenheiten, welche ihm von jenem übertragen werden; er vertritt den Kreisdirector in Fällen der Abwesenheit und bei allen Vorfällen, wo große Gewaltmittel in Anwendung zu bringen und zu ordnen sind; er

[1] Die Vincke'sche Denkschrift bei v. Bodelschwingh, Das Leben des Ober-Präsidenten Freiherrn v. Vincke, Bd. I (Berlin 1853), S. 396 ff. Die Stein'schen Bemerkungen bei Pertz, II, 670 ff.

muß aber überall in seiner Dienstführung den Anweisungen, Beschlüssen und Instructionen des Kreisdirectors Folge leisten. Neben dem Kreisbrigadier kommen für jeden Kreis noch fünf weitere Gensdarmerieofficiere in Betracht; ihre Hauptbestimmung ist zwar die executive Polizei, und überhaupt die Vollstreckung der obrigkeitlichen Anordnungen, außerdem aber sollen sie theils zur Erleichterung des Kreisdirectors, theils zu ihrer Instruction „wegen zweckmäßiger Ausführung ihrer besonderen Geschäfte“, theils zu ihrer Ausbildung im Civildienst im Büreau des Kreisdirectors und den von diesem abhängigen Ressorts arbeiten, auch als Commissarien zu örtlichen Untersuchungen gebraucht werden.

Die bald eintretenden Ereignisse haben die Einführung dieser Einrichtungen verhindert; man ist später auf dieselben nicht wieder zurückgekommen.[1])

Nur in der Provinz Posen ist das Landrathsamt damals zu einer reinen Beamtenstellung geworden.

Es ist indessen nicht zu verkennen, daß die Verwandlung des Landrathsamts aus einem communalen Ehrenamte zu einem staatlichen Berufsamte während des nächsten Menschenalters in einer allmähligen, aber stetigen Entwickelung große Fortschritte gemacht hat.

Die Kreis-, Bezirks- und Provinzial-Ordnung vom 11. März 1850 zog die Summe dieser Entwickelung, indem sie den Landrath von der Leitung der Kreiscommunalangelegenheiten, insbesondere vom Vorsitze auf dem Kreistage gänzlich entband, und ihn lediglich zu einem von der Regierung zu ernennenden staatlichen Organe machte.

Diese Kreisordnung ist zwar wieder beseitigt, und es hat sich demgemäß in den alten Provinzen, mit Ausnahme von Posen, einerseits der communale Charakter des landräthlichen Amts in dem Präsentationsrechte der Ritterschaft oder des Kreistags, sowie in der Leitung und Besorgung der communalen Angelegenheiten des Kreisverbandes, andererseits der ehrenamtliche Charakter in dem Erforderniß ritterschaftlichen oder notabeln Grundbesitzes und in dem damit zusammenhängenden Verzicht auf die für andere Beamtenstellungen gleicher Bedeutung nothwendige wissenschaftliche Qualification bis heute erhalten.

Dagegen ist für die neuen Landestheile die staatliche Ernennung ohne ständische Präsentation und ohne das Erforderniß ritterschaftlichen oder notabeln Grundbesitzes geltendes Recht geworden.[2])

Dazu kommt, daß zwar die schleswig-holsteinschen und hessen-nassauschen Landräthe — abgesehen von der Localverwaltung im Regierungsbezirke Cassel — im allgemeinen dieselbe Stellung haben, wie die Landräthe in den älteren Provinzen, daß aber die Stellung der hannoverschen Kreishauptmänner eine durchaus andere ist. Nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung üben im Bereiche der Provinz Hannover im allgemeinen die Amtshauptleute die Functionen der Landräthe aus. Der Schwerpunkt der Verwaltung liegt dort nicht in den Kreisen, sondern in den Amtsbezirken Insbesondere bilden die Kreishauptmänner keine Instanz über den Amtshauptmännern. Die Kreise sind zwar keineswegs blos als Communalbezirke, sondern auch als Verwaltungsbezirke gebildet, indessen sind nur bestimmte einzelne Geschäfte, namentlich solche, die sich auf die Militär=

---

[1]) Näheres über das Gensdarmerie-Edict findet sich weder bei Stein, noch bei Vincke, da beide dem Staatsdienste zu jener Zeit nicht angehörten; die bisherigen Biographien Hardenbergs sind aber gänzlich ungenügend; auch Fr. v. Raumer, der kurz vorher ausgetreten war, gibt nur unklare Andeutungen; höchst wahrscheinlich werden die Denkwürdigkeiten Schöns, deren Veröffentlichung ohne Zweifel für die Geschichte der Verwaltung von höchstem Werth sein würde, und die man schon lange vergeblich erwartet, den gewünschten Aufschluß geben.

[2]) Verordnungen vom 22. Febr. 1867, §. 7 (für Hessen-Nassau); vom 12. Septbr. 1867, §. 1. 2. 6. 7 (für Hannover); vom 22. Septbr. 1867, §. 2 (für Schleswig-Holstein).

und Steuerverfassung beziehen, auf den Kreis übertragen. Und bis das Bedürfniß sich herausstellt, an die Spitze eines Kreises einen besonderen Beamten zu stellen, wird mit Wahrnehmung der fraglichen Geschäfte einer der Amtshauptmänner, der während dieses Auftrags den Titel Kreishauptmann führt, beauftragt.[1])

3. Die Bezirksverwaltung.

Wenn auch noch zu Anfang des achtzehnten Jahrhunderts die märkischen Stände bei Gelegenheit einer Mehrforderung den Versuch gemacht hatten, eine wesentlich ständische Verwaltung für Kriegs= und Steuerwesen einzurichten[2]) und in einigen Landestheilen, wie in Ostfriesland und im Geldernschen, eine Betheiligung der Stände bei der höheren Verwaltung sich erhalten hatte,[3]) so war diese doch in den preußischen Staaten im ganzen schon früh eine ausschließlich landesherrliche geworden.

Sie war ursprünglich wesentlich Finanzverwaltung. Die Staatseinkünfte gruppirten sich nach den Bedürfnissen des Staats in zwei Haupttheile, in die zur Unterhaltung des Kriegswesens bestimmte Contribution und Accise, und in die zur Haus= und Hofhaltung des Landesherrn und zur Besoldung der zum Finanz= und Justizwesen gehörigen Beamten bestimmten Domänen= und Forstgefälle, denen sich die Erträge der Zölle und der Staatsgewerbe, wie Bergwerke, Salzregal, Post, anschlossen.[4]) Für den ersten Zweig bildeten sich die Kriegscommissariate, für den letztern die Amtskammern; aus der Vereinigung beider formirte Friedrich Wilhelm I. 1723 die Kriegs= und Domänenkammern, parallel den Landesjustizcollegien, nach der damaligen Benennung Regierungen; in der unterm 26. Januar 1723 erlassenen königlichen Instruction steht der finanzielle Gesichtspunkt noch weitaus im Vordergrunde, dieselbe erinnert in mancher Hinsicht an die capitularia de villis.[5])

Erst die Verordnung vom 26. Dec. 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial=, Polizei= und Finanzbehörden geht darauf aus, „in den Kriegs= und Domänenkammern den Vereinigungspunkt der gesammten innern Staatsverwaltung in Beziehung auf die Polizei=, Finanz= und Landeshoheitsangelegenheiten zu bilden, weshalb sie von jetzt ab den Namen Regierungen führen sollen".

Es ist damals von zwei Seiten her der Versuch gemacht worden, die Organisation dieser Behörden wesentlich umzugestalten, und zwar ähnlich wie bei dem Landrathsamte von Stein und seinen Umgebungen im Sinne der Betheiligung von Ehrenämtern, von Hardenberg und seinen Umgebungen im Sinne französisch=westphälischer Präfectur. Die Ideen Steins haben in der Verordnung vom 26. Dec. 1808 bestimmte Gestalt erhalten. Es sollen danach landständische Repräsentanten an den Geschäften der Regierungen Antheil nehmen. Ihre Bestimmung ist, die öffentliche Administration mit der Nation in nähere Verbindung zu setzen, den Geschäftsbetrieb mehr zu beleben und durch Mittheilung ihrer Orts=, Sach= und Personenkenntniß möglichst zu vereinfachen; die Mängel,

[1]) Verordnung vom 12. Septbr. 1867, betr. die Amts= und Kreisverfassung in der Provinz Hannover, §§. 1. 2. 6. 7.

[2]) Droysen, Geschichte der preußischen Politik, Bd. IV, Abth. 1, S. 265.

[3]) Stein, Denkschrift vom Juni 1807 bei Pertz, I, 425 ff.

[4]) Ueber Contribution und Accise vgl. Ranke, Neun Bücher preußischer Geschichte, I, S. 57 ff.; über Domänenbenutzung, insbesondere Erbverpachtung, I, S. 127 ff.

[5]) Sie sollte nach den Schlußworten: „höchstens secretiret und Niemandem, dem dieselbe zu sehen nicht gebühret, vorgezeiget, am allerwenigsten aber ganz oder zum Theil communiciret werden"; sie fehlt daher bei Mylius und ist erst bei Rödenbeck, Beiträge &c. (Berlin 1836), Bd. I, S. 31—77, veröffentlicht.

welche sie in der öffentlichen Administration bemerken, zur Sprache zu bringen, und nach ihren aus dem praktischen Leben geschöpften Erfahrungen und Ansichten Vorschläge zu deren Verbesserung zu machen, sich selbst von der Rechtlichkeit und Ordnung der öffentlichen Staatsverwaltung näher zu überzeugen, und diese Ueberzeugung in der Nation gleichfalls zu erwecken und zu befestigen. Ihre Zahl wird für jede Regierung vorläufig auf neun bestimmt. Die Generalversammlung der Provinz bringt zu jeder Stelle zwei Subjecte in Vorschlag, aus denen der König einen wählt; die Wahl gilt für drei Jahre; alle drei Jahre scheidet der dritte Theil aus. Die landständischen Repräsentanten haben eine volle Stimme in dem versammelten Collegium und erhalten ihren Sitz nach den Regierungsdirectoren zur linken Seite der Präsidenten. Ein specielles Departement kann ihnen wegen ihrer kurzen Dienstzeit nicht angewiesen werden; sie sind aber die gewöhnlichen Correferenten in den wichtigeren Verwaltungszweigen, und können dem Regierungspräsidium die Fächer vorschlagen, in denen sie vorzüglich beschäftigt zu sein wünschen. Sie werden durch ihr Votum nur insofern verantwortlich, als ihnen böser Wille oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann. Sie sind aber verpflichtet, in einzelnen Fällen Aufträge anzunehmen, und haften wegen deren zweckmäßiger Ausführung gleich jedem anderen Staatsbeamten. Sie werden endlich bei ihrem Eintritt in das Collegium mittelst Handschlages an Eidesstatt, welcher aber die volle Wirkung eines körperlichen Eides hat, insbesondere zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. [1])

Indessen ist diese Einrichtung nur im ostpreußischen Departement ins Leben getreten und hat auch dort wegen bald ausbrechender Conflicte nur kurze Zeit bestanden. [2])

In der nächsten Zeit machte sich auch eine entgegengesetzte Strömung geltend. Offenbar sollte im Anschluß an das Gensdarmerie-Edict eine Umgestaltung der Regierungen in Präfecturen herbeigeführt werden; das Edict selbst erwähnt bereits Oberbrigadiers, welche in die Regierungen eintreten und als Mitglieder derselben in den Polizeideputationen die Angelegenheiten der Sicherheitspolizei unter Concurrenz eines zweiten Regierungsrathes bearbeiten sollten. Man hatte aber ohne Zweifel weitergehende Pläne, wenigstens glaubt Friedrich von Raumer, der damals eben von der Praxis zur Theorie sich gewandt hatte, in einem Briefe an den Staatskanzler vom 25. August 1812 die bisherige Organisation energisch in Schutz nehmen zu müssen. „Die Landesbehörden ersetzten bisher bis auf einen gewissen Punkt die Repräsentation, sie ersetzten die Verfassung selbst. Nur in diesem großen Körper war noch Zusammenhang, Festigkeit. In den Behörden bildete sich der Geist, der sich des Bösen schämt, man hielt auf Ehre, Einer zügelte, Einer bildete den Anderen. Der Jüngling sah einen edlen Wirkungskreis, ein schönes Ziel der Thätigkeit. Der Präsident — war er tüchtig — regierte, aber wie in einem freien Staate, nicht wie ein gesetzter Tyrann; seine Einsicht, seine Gründe wurden freiwilliges Gesetz; seine Willkür, seine Verkehrtheit, seine Einseitigkeit konnten es nicht werden. Man klagte über die Unbeweglichkeit der Regierung, über ihre Langsamkeit, und soweit die Klage gerecht ist, läßt sie sich heben, ohne die Grundformen aufzulösen. Aber es gibt auch eine ungerechte Klage, sowie Friedrich II. über die Langsamkeit und Schwierigkeit des englischen Parlaments klagte". [3])

---

[1]) Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Polizei und Finanzbehörden vom 26. Dec. 1808, §§. 17—22; und Geschäftsinstruction &c., de eod. §. 93. — Aeußerungen Steins bei Pertz, I, 430; II, 642 ff.; V, 188, 284.

[2]) Ueber die Verhältnisse bei der Regierung zu Potsdam, wo damals Vincke Präsident war, vgl. v. Bassewitz, III, S. 148, 175.

[3]) Lebenserinnerungen und Briefwechsel von Friedrich von Raumer, Th. I (Leipz. 1861), S. 262 f.

Die definitive Gestaltung, wie solche in der Verordnung vom 30. April 1815 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden — abgesehen von mehrfachen späteren Competenzbeschränkungen hinsichtlich kirchlicher und finanzieller Angelegenheiten in noch gegenwärtig maßgebender Weise — erfolgt ist, hat dann weder der einen, noch der anderen Richtung Raum gewährt, sondern hat es im wesentlichen bei den älteren Einrichtungen belassen. Es ist einerseits versucht worden, „in dem Geschäftsbetriebe mit der collegialischen Form, welche Achtung für die Verfassung, Gleichförmigkeit des Verfahrens, Liberalität und Unparteilichkeit sichert, alle Vortheile der freien Benutzung des persönlichen Talents und eines wirksamen Vertrauens zu verbinden". Man hat andererseits davon Abstand genommen, das ehrenamtliche Element in diesen Mittelpunkt der Staatsverwaltung einzuführen. Es ist jedoch in letzterer Beziehung darauf hinzuweisen, daß das preußische Berufsbeamtenthum durch Charakter, Intelligenz und rechtliche Stellung ein wesentlich anderes Element des Staatslebens ist, als das schematische Beamtenthum des permanenten Dienstes in England oder als die Commissaires der französischen Administration, daß dasselbe die Bedeutung der englischen Gentry hat gegenüber alt- und neuständischen Ansprüchen. Es ist keine geringe Autorität, welche allerdings geltend gemacht hat, daß einzelne Minister Friedrichs des Großen den hervorragenden Männern Englands im achtzehnten Jahrhundert und daß die maßgebenden Vertreter der Stein-Hardenbergischen Periode den neueren Staatsmännern Englands ebenbürtig an die Seite zu stellen sind.[1]

Jedenfalls, wie sehr es zu bedauern bleibt, daß „die gewohnheitsmäßige Theilnahme an der persönlichen Erfüllung der Pflichten des Staates, der Dienst der geistigen und sittlichen Eigenschaften des Menschen für die Zwecke eines höheren Ganzen, die Ausbildung des Charakters durch die stetige Unterordnung der Interessen und Vorurtheile unter die Amtspflicht", auf einen verhältnißmäßig kleinen Kreis beschränkt bleiben, so ist es doch ein Act der Gerechtigkeit, zu constatiren, „daß die unermeßliche Entwickelung der Cultur des deutschen Volkes in ökonomischer und politischer Hinsicht seit den letzten fünfzig Jahren zum großen Theil auf der Arbeit des Staatsdienstes beruht".[2]

Das Institut der Regierungen ist dann neuerdings nach den für die alten Landestheile geltenden Bestimmungen, unter ausdrücklicher Berufung auf die Instruction vom 23. October 1817, in den Provinzen Hessen-Nassau und Schleswig-Holstein, in letzterer Provinz mit der Modification, daß der Regierungsbezirk mit der Provinz zusammenfällt, eingeführt.

In der Provinz Hannover dagegen stehen an der Stelle der Regierungen mehrere Landdrosteien, eine Finanzdirection, und mehrere Consistorien. Die Landdrosteien haben die gesammte Regiminalverwaltung, ziemlich in dem Umfange, wie solche bei den Regierungen von der Abtheilung des Innern geübt wird; die Geschäftsbehandlung ist rein collegialisch, die Regierungsräthe und Regierungsassessoren haben volles Stimmrecht in allen Sachen. Die Finanzdirection verwaltet in drei Abtheilungen die directen Steuern, die Domänen und die Forsten für die ganze Provinz, genau in dem Umfange, wie diese Verwaltung bei den Regierungen seitens der Abtheilung für directe Steuern, Domänen und Forsten erfolgt; die Geschäftsbehandlung ist gleichfalls collegialisch. Die Consistorien endlich haben vorläufig die Bearbeitung der äußeren Kirchen- und Schulsachen, die in den anderen Landestheilen den Regierungen gebührt und für welche meist eigene Abtheilungen bestehen, zurückbehalten.[3]

---

[1]) Gneist, Justiz, Verwaltung, Rechtsweg (1869), S. 86.

[2]) v. Gerber, Grundzüge 2c., S. 107.

[3]) Verordnung vom 22. Febr. 1867, betr. die Organisation der Verwaltungsbehörden in dem vormaligen Kurfürstenthum Hessen 2c., §§. 1. 2. 5. 6. — Erlaß vom 20. Juni 1868, betr.

4. Die Provinzialverwaltung.

An Organen für die Provinzialverwaltung hatte es im alten Staatswesen gefehlt. Erst das Publicandum vom 16. Decbr. 1808, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden, richtete das Amt der Oberpräsidenten ein, und gab ihnen einen Wirkungskreis in dreifacher Beziehung. Sie sollten zunächst einen Vereinigungspunkt in Ansehung derjenigen Verwaltungszweige bilden, bei denen es von Wichtigkeit ist, daß sie nach größeren Abtheilungen als einzelnen Regierungsdepartements geleitet und ausgeführt werden, was namentlich bei größeren allgemeinen Landespolizeigegenständen der Fall ist; sie bilden in dieser Beziehung eine ausführende Behörde und erscheinen hierbei als beständige Commissarien der Minister; zu ihrem Geschäftskreise gehören danach die Aufsicht über die ständischen Angelegenheiten, einschließlich der ständischen Institute, die Verhandlungen mit den Chefs der Armeecorps und alle Angelegenheiten, welche das ganze Armeecorps betreffen, die Sicherheitsanstalten, welche sich auf ein größeres Gebiet erstrecken, größere Sanitätsanstalten, Viehseuchencordons; die Verhandlungen mit den Oberzoll- und Postämtern; Pläne zu neuen größeren Anlagen, Meliorationen. Sie sollen dann zweitens den obersten Staatsbehörden Stellvertreter geben, welche mehr in der Nähe und an Ort und Stelle in ihrem Namen eine genaue und nicht blos formelle Controle über sämmtliche Unterbehörden führen; sie bilden in dieser Beziehung eine controlirende Behörde, sollen diese Controle aber nur auf die Administration im ganzen erstrecken, insbesondere nicht an der Detailverwaltung der Regierungen theilnehmen, und keine Zwischeninstanz bilden. Sie sollen endlich drittens bei vorkommenden Fällen nach erweiterten, ganze Provinzen umfassenden Gesichtspunkten Gutachten abgeben, und erscheinen also in dieser Beziehung als consultative Behörden. [1]

Dieser Wirkungskreis ist, unter Festhaltung der Grundidee, später nicht unerheblich erweitert und gesteigert worden. Maßgebend ist gegenwärtig die Instruction vom 31. December 1825.

Die ganze Einrichtung hat jedoch mehrfache Angriffe erfahren, indem einerseits die Unverträglichkeit derselben mit der Collegialität der Regierungen, andererseits die Entbehrlichkeit derselben behauptet worden ist. Beide Vorwürfe sind wohl übertrieben. Und wenn insbesondere gesagt worden ist, daß, auf Jahrzehnte zurückgerechnet, von einem wirksamen Einfluß einer solchen personificirten Provinzialverwaltung wenig zu ermitteln sein werde, so ist dem gegenüber auf die Spuren zu verweisen, welche Männer wie Vincke in Westphalen, Sack in Pommern, Schön in Preußen zurückgelassen haben.

Das Institut der Oberpräsidenten ist neuerdings nach den für die alten Landestheile geltenden Bestimmungen, unter ausdrücklicher Berufung auf die Instruction vom 31. December 1825, ohne irgend eine Modification in die Provinzen Hessen-Nassau, Schleswig-Holstein und Hannover eingeführt. [2]

die Einrichtung einer Regierung in der Provinz Schleswig-Holstein. — Edict dd. Carltonhouse 12. Oct. 1822, die Bildung der künftigen Staatsverwaltung betr., Ausführungsverordnung vom 18. April 1823. — Neue Landdrosteiordnung vom 25. Sept. 1852, §§. 1—6. 37. 45. 50. 56; vgl. auch Lehzen, Hannovers Staatshaushalt, Th. II (1854), S. 79 ff. — Allerhöchster Erlaß vom 5. April 1869, betr. die Einrichtung einer Provinzial-Finanzbehörde in Hannover.

[1]) Publicandum, betr. die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden in Beziehung auf innere Landes- und Finanzverwaltung, vom 18. Decbr. 1808, §. 34, und Instruction für die Oberpräsidenten vom 23. Decbr. 1808.

[2]) Verordnung vom 22. Febr. 1867, betr. die Organisation der Verwaltungsbehörden in dem vormaligen Kurfürstenthum Hessen 2c., §. 10. — Allerhöchster Erlaß vom 7. Dec. 1868, betr. die Bildung der Provinz Hessen-Nassau. — Allerhöchster Erlaß vom 20. Juni 1868, betr.

5. Die Centralverwaltung.

Noch während des ganzen sechzehnten Jahrhunderts war die Staatsverwaltung der kurbrandenburgischen Länder in hohem Grade einfach. Die meisten der Aufgaben an den modernen Staat waren noch nicht erhoben. Die Regierung war noch eine wesentlich persönliche, wie für die übrigen Zweige der Executive, so auch im ganzen für die Rechtspflege. Neben dem Kurfürsten gleichsam als sein Stellvertreter erschien der Kanzler; er leitete nicht nur als Vorsteher des 1516 gegründeten Hof- und Kammergerichts sämmtliche Rechtsangelegenheiten, sondern er war auch gewissermaßen der alles dirigirende Minister. Alle landesherrlichen Ausfertigungen gingen nothwendig durch seine Hände, weil die Kanzlei ihm untergeben und das Siegel seinem Gewahrsam anvertraut war. Es gab neben ihm vertraute oder geheime Räthe, die entweder aus der Ritterschaft oder aus der Classe der Rechtsgelehrten genommen wurden; sie hatten noch kein bestimmtes Ressort; regelmäßige Zusammenkünfte fanden nicht statt. Außer denjenigen, welche sich dauernd bei Hofe aufhielten, gab es auch „Geheimräthe von Hause aus", die das Recht hatten, sich regelmäßig auf ihren Gütern oder an anderen Orten frei von Rathsbeschäftigungen aufzuhalten, und nur verpflichtet waren, auf besonderes Erfordern zu erscheinen und entweder ihre Meinung abzugeben oder bestimmte einzelne Geschäfte, namentlich diplomatische Sendungen, „Schickungen", zu übernehmen.[1] Die älteste märkische Staatsverwaltung ist somit eine eigenthümliche Combination von Berufs- und Ehrenamt.

Unterm 5. Januar 1605 errichtete dann Johann Friedrich einen stehenden geheimen Rath, den geheimen Staatsrath, dessen Competenz sich ziemlich auf alle damals vorhandenen Zweige der Staats- und Landesverwaltung erstreckte; im Vordergrunde stand wiederum das Finanzwesen, insonderheit die Sorge für das Kammergut, „daraus wir den nervum rerum gerendarum nehmen müssen".

Es hat dann der große Kurfürst in einer Instruction vom 4. Dec. 1651 den Anstoß zu einer Eintheilung des Staatsrathes in Departements gegeben.[2] Als solche erscheinen zu Ende des siebzehnten Jahrhunderts für die Verwaltung des Innern und der Finanzen einerseits das Generalcommissariat als Oberbehörde für die Kriegscommissariate, andererseits das Domänendirectorium als Oberbehörde für die Amtskammern. Friedrich Wilhelm I. hat gleichzeitig mit der Vereinigung jener Unterbehörden auch diese Oberbehörden vereinigt,[3] und überhaupt dem geheimen Staatsrathe diejenige Gestalt gegeben, die er bis 1808 gehabt hat. Derselbe zerfiel danach in drei große Departements, in das Cabinetsministerium für die auswärtigen Angelegenheiten, in das General-Ober-Finanz-, Kriegs- und Domänen-Directorium, das s. g. Generaldirectorium für Finanzen und Inneres, und in den geheimen Justizrath für Rechtspflege, geistliche und Unterrichtsangelegenheiten. Das Generaldirectorium bestand zuletzt aus neun dirigirenden Staatsministern, die für allgemeine Angelegenheiten ein Generaldepartement bildeten, und deren jeder

die Bestimmungen über den Wirkungskreis des Oberpräsidenten in Schleswig-Holstein. — Für Hannover fehlt ein solcher Erlaß in der Gesetzsammlung: die späteren Verordnungen setzen das Bestehen des Oberpräsidenten voraus.

[1]) Cosmar und Klaproth, Der königlich preußische und kurfürstlich brandenburgische wirkliche geheime Staatsrath, Berlin 1805, S. 79 ff.

[2]) Vgl. darüber Droysen, a. a. O. Th. III, Abth. 2, S. 73.

[3]) Die Instruction vom 20. Decbr. 1722, bis auf die Abfassung das persönliche Friedrich Wilhelms I., gehört zu den interessantesten Actenstücken für die Geschichte der preußischen Verwaltung; sie ist zuerst veröffentlicht bei Förster, Friedrich Wilhelm I., Bd. II (1835), S. 173—255. Vgl darüber Ranke, a. a. O. I, S. 466; sie setzt übrigens die Vereinigung der Kriegscommissariate und Amtskammern noch nicht voraus.

an der Spitze eines Specialdepartements stand. Die letzteren beruhten theils auf realer, theils auf provinzieller Grundlage, indem das Berg- und Hüttenwesen, — das Accise-, Zoll-, Salz-, Fabrikenwesen, — die allgemeinen Militärangelegenheiten, — endlich das Kassen-, Münz-, Stempel-, Bank-, Lotterie-, Post- und Medizinalwesen in vier Departements für den gesammten Staat, dagegen das Domänenwesen, die directen Steuern, die Forsten, die Polizei in fünf Provinzialdepartements verwaltet wurden, von denen das erste die Provinzen Brandenburg, Pommern und Südpreußen, das zweite Anspach und Bayreuth, das dritte Ost-, West- und Neuostpreußen, das vierte die niedersächsischen und westphälischen Provinzen, das fünfte Schlesien — letzteres in größerer Selbstständigkeit als die übrigen — umfaßte. [1])

Im Anschluß an eine schon vor Ausbruch des Krieges vorgelegte Denkschrift über die fehlerhafte Organisation des Cabinets und die Nothwendigkeit der Bildung einer Ministerialconferenz forderte der Minister von Stein im November 1806 von neuem auf das nachdrücklichste „Reactivirung des Staatsraths in der Form, wie durch ihn alle Grundeinrichtungen emanirten, wodurch der preußische Staat seine bewunderte, von Größern oft beneidete, von Schwächern gefürchtete Größe gewann, die gesetzliche Vereinigung der Minister zu unmittelbarem Vortrag und gemeinschaftlicher Prüfung der für jedes Fach der Verwaltung zu sanctionirenden Grundsätze".

Die Merksteine in der weiteren Entwickelung sind dann in dem Nassauer Entwurfe vom Juni 1807, in dem Berichte vom November 1807, und in der zwar genehmigten, aber nicht publicirten Verordnung vom 24. November 1808 gegeben. Das Wesentliche war eine geniale Combination von Staatsministerium und Staatsrath, um die Energie und die Intelligenz der Administration zu verbinden. Durch die Verordnungen der Folgezeit, insbesondere durch das Publicandum vom 16. Decbr. 1808 und durch das Gesetz vom 27. Octbr. 1810, ist zwar die Organisation des Staatsministeriums im wesentlichen nach Stein'schem Plane in einer für die Executive vereinfachten Gestalt bewirkt worden, während dagegen die Organisation des Staatsraths nach den Verordnungen von 1810 und 1817 hinter den Stein'schen Plänen zurückblieb.

B. Die Communalverwaltung.

Die Commune hat auf allen Stufen einen doppelten Wirkungskreis.

Sie bildet erstens einen staatlichen Verwaltungsbezirk, indem sie einerseits in ihren Behörden die Organe darzubieten hat, deren der Staat in jedem geschlossenen Mittelpunkte der Bevölkerung zur Durchführung seiner Maßregeln auf den verschiedensten Gebieten der inneren Verwaltung bedarf, und indem sie andererseits zur Tragung gewisser Lasten verpflichtet ist, die zunächst nur das allgemeine Staatsinteresse berühren; in diesen Beziehungen handelt die Commune nicht aus eigenem Recht, sondern auf Grund höheren Auftrags, und ist den Aufträgen und Anweisungen der Staatsbehörden unterworfen.

Sie bildet dann zweitens einen wirthschaftlichen Organismus, der in älteren Zeiten und auf den unteren Stufen des Communalwesens tief in die Privatwirthschaft hinein sich erstreckte, indem die Landgemeinden Verbände zum gemeinsamen Betriebe der Landwirthschaft, die Städte Verbände zum gemeinsamen Betriebe von Gewerben und Handel waren, und der jetzt in weitem Umfange die öffentlichen Wirthschaftsbeziehungen, die aus dem örtlichen Zusammenwohnen nach allen Richtungen hin entstehen, und die zunächst nur

[1]) Die klarste Darstellung für die Zeit unmittelbar vor 1806 bei v. Bassewitz, a. a. O. S. 35 ff.

für den communalen Kreis selbst von Wichtigkeit sind, pflegt und fördert; in diesen Beziehungen handeln die Communen aus eigenem Rechte und sind selbstständig.

Die Communalverwaltung besteht jedoch auf beiden Gebieten der communalen Thätigkeit, sowohl in den Fällen, wo die Commune als staatlicher Verwaltungsbezirk, als auch in den Fällen, wo sie als wirthschaftlicher Organismus erscheint, weitaus überwiegend in der Aufbringung von Lasten. Alle Communalverwaltung ist wesentlich Finanzverwaltung, in früherer Zeit hauptsächlich eine Vermögens=, in neuer Zeit vorzugsweise eine Steuerverwaltung. Das Communalbudget steht in sehr viel höherem Maße im Mittelpunkte der gesammten Communalverwaltung, als das Staatsbudget im Mittelpunkte der Staatsverwaltung; die Communalsteuern überwiegen in den meisten Ländern die Staatssteuern; in den Communen liegt der finanzielle Schwerpunkt für die innere Verwaltung.

Demgemäß ruht auch durchschnittlich die Communalverfassung, der Antheil an der Ausübung der Communalgewalt, auf ganz anderen Grundlagen, als die Staatsverfassung. Und während für das Staatsleben auch noch andere Momente bestimmend wirken, so kommt für die Commune in erster Linie die Vertheilung der Lasten für die Vertheilung der Rechte in Betracht.

1. Das englische Communalwesen.[1]

In England fehlt es an Landgemeinden ganz, es gibt weder eigentliche Dörfer, noch einen Stand kleiner ländlicher Grundbesitzer; die unbedingte Verfügbarkeit über den Grund und Boden hat in England zur Bildung großer Gutscomplexe geführt; die Bevölkerung des platten Landes besteht aus Pächtern, Tagelöhnern, Gewerbtreibenden, Schenkwirthen.

Die unterste Stufe des englischen Communalwesens bilden die Kirchspiele, welche im Anschluß an die bestehende Kirchenverfassung das platte Land zu größeren Verbänden zusammenfassen, die Städte in Bezirke theilen. Es gibt keinen Fuß breit englischen Bodens, welcher nicht einem Kirchspiele angehört; sie sind von der verschiedensten Größe, manche unter 50 Einwohnern, die meisten zwischen 300 und 800; einzelne städtische Kirchspiele 20,000, ja 100,000; im ganzen in England und Wales etwa 16,000.

In diesen Kirchspielen hat das englische Communalwesen noch gegenwärtig seinen Schwerpunkt. Die Functionen derselben sind, neben der Kirchenbaulast, insbesondere das Armenwesen, die Gesundheitspolizei und die Wegebaulast. Hinsichtlich der Organe ist zu unterscheiden. Für die kirchliche Seite der Verwaltung hatte sich schon früh eine unmittelbare Theilnahme der Kirchspielsgenossen, deren Versammlung nach dem gewöhnlichen Orte der Zusammenkunft, der Sacristei, Vestry genannt wurde, mit gleichem Stimmrecht aller Steuerzahler gebildet. Es ist dann zwar später auf dem Wege des Gewohnheitsrechts an Stelle der allgemeinen Kirchspielsversammlung (general and open Vestry) eine auf Cooptation beruhende Repräsentation in Gestalt eines engern Ausschusses (select Vestry) getreten. Jedenfalls waren diese Vestries Jahrhunderte hindurch die einzigen wirklichen communalen Körperschaften mit Steuerbewilligungsrecht und Controle über die Vermögensverwaltung. Die letztere lag in den Händen der von den Vestries gewählten Kirchenvorstehern, churchwardens.

Diese Verfassung ist auf die weltlichen Geschäfte des Kirchspiels nicht ausgedehnt, und obgleich insbesondere die Armensteuer um das zwanzig= bis dreißigfache den Betrag

[1] Gneist, Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung und des Selfgovernment, 2. Aufl. Bd. II, S. 847 ff., 965 ff, 999 ff., 1096 ff., 1154 ff. — Stein, Verwaltungslehre, Bd. I, S. 464 ff

der Kirchensteuer überstieg, und in den ersten Decennien dieses Jahrhunderts vier bis fünf Thaler auf den Kopf der Gesammtbevölkerung betrug, so war doch die Ausschreibung und Erhebung lediglich Sache der Armenvorsteher, die für jedes Kirchspiel von den Friedensrichtern ernannt und in ihrer Geschäftsführung von diesen beaufsichtigt wurden, ohne daß irgend ein Antheil der Steuerzahler an dieser Verwaltung stattgefunden hätte.

Die in der General Vestries Act. 58 Geo. III. c. 69 versuchte Reform der Kirchspielsverfassung ist im wesentlichen gescheitert.

Seit den Zeiten der Reformbill sind dann größere communale Verbände gebildet worden, und zwar für jede der einzelnen Kirchspielsfunctionen besondere Verbände, s. g. Verwaltungsgemeinden, namentlich für Armenpflege, Wegebau, Gesundheitspflege.

Die Armenverbände, im ganzen 600—700 von etwa 25,000 Einwohnern, sind einheitliche Bezirke für die Verwendung der Armensteuer, für die Bewilligung der Unterstützungen, nicht aber für die Aufbringung der Armensteuer. Wenigstens bleibt in der Regel die Erhaltung der einzelnen Armen eine Last jedes Kirchspiels und nur die Kosten für die Arbeitshäuser und für die Heimathslosen sind auf den Armenverband übernommen, wobei die Repartition im allgemeinen nach dem Durchschnitt der Armenlast der einzelnen Kirchspiele erfolgt. Doch kann auf Grund freiwilliger Uebereinkunft der Verband zu einem einheitlichen Bezirke für die Erhebung der Armensteuer (union for rating) gemacht werden, so daß dann eine gemeinsame Steuer von allen Kirchspielen zur Bestreitung der gesammten Armenlast nach dem steuerpflichtigen Werth des Grundbesitzes erhoben wird, eine Ausbildung der Armenverbände, die nur in sehr seltenen Fällen zu Stande gekommen ist.

Organe dieser Verbände sind die boards of guardians, bestehend theils aus den dem Verbande angehörigen activen Friedensrichtern, theils aus Deputirten der einzelnen Kirchspiele, die von den Kirchspielsgenossen nach einem Sechsclassensysteme nach Maßgabe der Plurality of Votes in der Weise gewählt werden, daß bis zu 300 Thlrn. Grundsteuer eine, bis zu 600 Thlrn. zwei, bis zu 900 Thlrn. drei, bis zu 1200 Thlrn. vier, bis zu 1500 Thlrn. fünf, über 1500 Thlrn. sechs Stimmen abgegeben werden, was man übrigens auch so ausdrücken kann, daß bei einem Grundsteuerertrag von über 1500 Thlrn. eine volle, zu 1500 Thlrn. $^5/_6$, zu 1200 Thlrn. $^4/_6$, zu 900 Thlrn. $^3/_6$, zu 600 Thlrn. $^2/_6$, zu 300 Thlrn. $^1/_6$ Stimme abgegeben wird.[1])

Die obersten Communalverbände sind die Grafschaften, 60 in England und Wales, angelsächsischen Ursprungs und in wunderbarer Continuität bis auf den heutigen Tag fortbestehend. Die communale Function der Grafschaften ist die Aufbringung der Grafschaftssteuer (county-rates), d. h. die Aufbringung derjenigen Geldmittel, welche für die Grafschaftsverwaltung, Justiz und Polizei, nothwendig sind. Dem Staatsbudget fehlen derartige Positionen. Wie nun die Friedensrichter die einzigen Organe der Grafschaftsverwaltung sind, so liegt auch die Ausschreibung der Grafschaftssteuer allein in ihrer Hand; es fehlt an jeder Repräsentation der Steuerzahler, die friedensrichterlichen Quarter Sessions haben die Stellung von Kreistagen. Man ist jedoch in England weit entfernt, damit zufrieden zu sein und es sind schon seit dreißig Jahren, insbesondere auf Anregung von Hume und Milner Gibson, Bestrebungen auf eine Vertretung der Steuerzahler, auf die Errichtung von financial boards hervorgetreten; „no other tax of such magnitude“, heißt es in einem Report der Commissioners on county rate vom Jahre 1836, „is laid upon the subject except by his representatives; the admini-

[1]) **Kries**, Die englische Armenpflege, herausgegeben von K. Frhrn. **von Richthofen**, Berlin 1863.

stration of this fund is the exercise of an irresponsible power intrusted to a fluctuating body". Es ist auch die Richtigkeit des Gedankens in England kaum angefochten, ein praktischer Erfolg ist aber insbesondere deshalb noch nicht erreicht, weil man sich über die Modalitäten der Ausführung nicht einigen konnte. Die Zeit aber wird nicht fern sein, wo man auch in England Kreisstände, Grafschaftsparlamente errichtet.[1])

Eine eigenthümliche Stellung zu diesem Communalwesen nimmt endlich eine Anzahl von Städten mit selbstständiger städtischer Verfassung ein, municipal boroughs; im großen und ganzen diejenigen Städte, die eine Vertretung im Hause der Gemeinen haben, parlamentary boroughs; ohne daß jedoch diese Begriffe sich vollständig decken, indem einige municipal boroughs ohne parlamentarisches Wahlrecht, einige parlamentary boroughs ohne corporative Verfassung sind.

Diese Städte haben einerseits für die Wahrnehmung des Polizei- und Gerichtswesens eigene städtische Beamte, die früher vielfach von den Städten gewählt, neuerdings allgemein vom Könige ernannt werden, insbesondere eigene städtische Friedensrichter, vielfach besoldete Polizeirichter, für die Fälle einer eigenen städtischen Strafjustiz besoldete Stadtrichter (recorder), endlich in den s. g counties corporate einen eigenen Sheriff. Sie haben andererseits einen selbstständigen communalen Organismus. Der Schwerpunkt desselben liegt nach der neuen Städteordnung vom 9. Septbr. 1835 — An Act to provide for the regulation of municipal corporations in England and Wales 5 u. 6 Will. IV c. 76 — in dem Common Council, einer von der Bürgerschaft mit Ausschluß der kleinen Steuerzahler nach gleichem Stimmrecht gewählten städtischen Vertretung, bestehend aus 12—48 Mitgliedern, mit dreijähriger Amtsdauer und vier regelmäßigen jährlichen Sitzungen. Die laufenden Geschäfte liegen vorzugsweise in der Hand der Aldermen, die vom Common Council auf sechsjährige Dauer gewählt werden. Der vom Common Council aus der Zahl der Councillors und Aldermen auf einjährige Dauer gewählte Mayor führt den Vorsitz im Common Council und vertritt die Stadt nach außen. Dieser communale Organismus hat vorzugsweise die Verwaltung des städtischen Corporationsvermögens, sowie die Beschaffung der von den Städten für die innere Verwaltung, insbesondere das Justiz- und Polizeiwesen, analog den Grafschaften zu beschaffenden Lasten, in der Weise, daß das Common Council alle diejenigen Befugnisse ausübt, die den Quartalsitzungen der Friedensrichter hinsichtlich der Grafschaftssteuer zustehen. Außerdem nehmen die Aldermen an der Verwaltung der administrativen Polizei theil. Endlich sind manche Functionen der Kirchspiele in Bezug auf Pflasterung, Beleuchtung, Gesundheits- und Baupolizei namentlich in Gemäßheit der neueren Gesetzgebung auf die Städte übergegangen.

2. Das französische Communalwesen.

In Frankreich liegt der Schwerpunkt des Communalwesens[2]) in den Ortsgemeinden, die mit Ausnahme des von den bureaux de bienfaisance ressortirenden Armenwesens die gesammte Communalverwaltung umfassen. An der Spitze der Ortsgemeinde steht der Maire, der überall von der Regierung, in größeren Gemeinden vom Kaiser, in kleineren vom Präfecten ernannt wird, und lediglich der Regierung verantwortlich ist. Es gibt

[1]) May, The constitutional history of England, Vol. II (1863), S. 511: „The sole local administration indeed, which has been left without representation, is that of counties; where rates are levied and expenditure sanctioned by magistrates appointed by the crown."

[2]) Laferrière, II, 355 ff., 408 ff. Stein, I, 476 ff.

aber überhaupt kein eigentliches Gemeindeamt, denn auch die den Maire in der Gemeindeverwaltung unterstützenden Adjoints sind nach Ernennung und Stellung Staatsbeamte, es fehlt somit jede Theilnahme der Bürgerschaft an der vollziehenden Gewalt in der Gemeinde. Der nach allgemeinem Stimmrecht auf fünf Jahre gewählte conseil municipal von 10 — 36 Mitgliedern, der jährlich nur vier regelmäßige, nicht öffentliche Sitzungen hält, hat beschließende Befugnisse lediglich bei der Verwaltung des Privateigenthums der Gemeinde.

Der Canton und das Arrondissement sind administrative Eintheilungen, nicht aber zugleich communale Verbände. Der Canton hat weder einen eigenen Beamten, noch eine eigene Vertretung, er bildet eine Einheit von Gemeinden für Arrondissements- und Departementswahlen, für Militär- und Steuerverwaltung und für die Justiz. Das Arrondissement hat zwar einen eigenen Beamten, den Unterpräfecten, und eine gewählte Vertretung, aber keine vermögensrechtliche Persönlichkeit; jene Vertretung ist auf die Repartition der directen Staatssteuern unter die Communen und auf Begutachtung der Reclamationsgesuche beschränkt.

Das Departement endlich ist nicht blos ein wichtiger administrativer Bezirk, sondern auch ein Communalverband. Neben dem Präfecten erscheint der Conseil général, nach allgemeinem Stimmrecht auf neun Jahre gewählt und aus so vielen Mitgliedern bestehend, als das Departement Cantons enthält, wesentlich als Organ für die departementale Vermögensverwaltung, die indessen von geringem Umfang ist, und sich fast nur auf öffentliche Gebäude für gerichtliche und administrative Zwecke bezieht, deren Unterhaltung vom Staats- auf das Departementalbudget abgewälzt ist.

3. Das preußische Communalwesen.

a) Die Localgemeinden.

In Preußen liegt der Schwerpunkt des Communalwesens in den Einzelgemeinden, den Städten, Landgemeinden und den die Landgemeinden in alten und neuen Provinzen ersetzenden selbstständigen Gutsbezirken, — Rittergütern, fiscalischen Gütern, insbesondere Staatsforsten, und anderen Landgütern, deren Größe sich nicht nur von dem Umfange einzelner bäuerlicher Höfe, sondern von der ganzen Gemarkung der Gemeinde wesentlich unterscheidet, und deshalb eine Einfügung in den Rahmen der Localgemeinde, wenn anders dem natürlichen Wechselverhältniß von Lasten und Pflichten einigermaßen entsprochen werden soll, nicht gestattet.

aa) Der Wirkungskreis der Localgemeinden.

In erster Reihe kommt die locale Polizeiverwaltung in Betracht. Es ist ohne weitere Folge geblieben, wenn die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 die Polizeiverwaltung zur selbstständigen Gemeindeangelegenheit erklärte, denn bei der Revision haben theils Befürchtungen vor der gutsherrlichen Polizeigewalt, theils doctrinäre Bedenken, wonach die ganze vollziehende Gewalt im Oberhaupte des Staates vereinigt sein soll, dahin geführt, auch die Localpolizei zu einer Staatsangelegenheit, an deren Verwaltung den Gemeinden nur eine Betheiligung zustehen soll, zu erheben. Diese Betheiligung ist nun aber zwischen Landgemeinden und Städten und wiederum zwischen den Landgemeinden untereinander und Städten untereinander sehr verschiedenartig gestaltet. Während die Landgemeinden in den alten Provinzen und in Schleswig-Holstein in ihren Vorstehern die untergeordneten Organe des Inhabers der Polizeigewalt herzugeben haben, ist in einigen der

neueren Landestheile, insbesondere in Hannover und Kurhessen, die ältere Einrichtung bestehen geblieben, wonach die Gemeinden selbst die Orts- und Feldmarkspolizei durch Gemeindebeamte unter Aufsicht der Staatsbehörde auszuüben haben. In den Städten liegt die Ausübung dieses Rechts regelmäßig in den Händen städtischer Organe; nach der Städteordnung von 1808 in den Händen des Magistrats, nach der Städteordnung von 1831 in den Händen entweder des Magistrats, oder des Bürgermeisters, oder eines anderen Magistratsmitglieds, nach den neuern Städteordnungen aus den Jahren 1853 und 1856 entweder in den Händen des Bürgermeisters oder eines anderen Magistratsmitglieds, nach der hannoverschen Städteordnung von 1858 entweder in den Händen des Magistrats, oder eines einzelnen Mitglieds, oder einer eigenen städtischen Polizeidirection. Diese Ortspolizeibeamten, die regelmäßig neben der eigentlichen Polizeiverwaltung auch noch die Verrichtungen eines Hülfsbeamten der gerichtlichen Polizei und eines Polizeianwalts haben, besorgen diesen Geschäftskreis unter dem Namen „Polizeiverwaltung" völlig unabhängig von Stadtverordneten oder Bürgervorstehern, lediglich nach den Weisungen der vorgesetzten Staatsbehörden im Namen des Königs. Daneben ist dem Staate das Recht vorbehalten, eigene königliche Polizeibehörden einzurichten; nach der Städteordnung von 1808 in unbeschränkter Ausdehnung, nach den in den alten Landestheilen gegenwärtig herrschenden Normen zeitweise und aus dringenden Gründen überall, dagegen dauernd und ohne besondere Gründe in allen größeren Städten, die wenigstens 10,000 Einwohner haben, und in den kleineren, sofern sie Sitze größerer Behörden (Regierungen, Stadt-, Land-, Kreisgerichte) oder Festungen sind, endlich in den neuen Provinzen, soweit nach der dort bestehenden Gesetzgebung diese Befugniß vorbehalten ist, mit der wahrscheinlich durch wiederholte Anträge beider Häuser des Landtags, namentlich des Herrenhauses, verbesserten Modification nach sächsischem Vorbild, daß auch in solchen Fällen einzelne Zweige der örtlichen Polizeiverwaltung den Gemeinden zur eigenen Verwaltung unter Aufsicht des Staats überwiesen werden können.[1]

Während die Landgemeinden in den östlichen Provinzen bei dem Systeme der gutsherrlichen Polizeigewalt von den Kosten der Polizeiverwaltung liberirt sind, so fallen diese den Städten in allen Fällen zur Last, mag die Verwaltung von städtischen oder staatlichen Behörden geführt werden, und nur die in letzterem Falle entstehenden besonderen Ausgaben für die Gehälter fallen dem Staate anheim. Die Städte haben nun zwar thatsächlich hinsichtlich des Belaufs solcher Kosten, hinsichtlich der Vornahme von polizeilichen Einrichtungen, zu denen materielle Mittel erforderlich sind, einen gewissen Raum eigener Entschließung, und namentlich in den Fällen, wo die Polizeiverwaltung selbst städtisch ist, werden im ganzen nur solche Kosten erwachsen, die von der Stadtgemeinde selbst für nothwendig erkannt sind, während dagegen Conflicte über die Verwendung städtischer Mittel zu polizeilichen Maßnahmen zwischen königlichen Polizeibehörden und städtischen Gemeinden sehr viel leichter entstehen werden und bei dem täglichen Wechsel der polizeilichen Bedürfnisse auch durch die mehrseitig vorgeschlagene, vom Landtage be-

[1] Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 Art. 104, Nr. 3. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 Art. 105, Nr. 3. Städteordnung vom 19. November 1808 §. 161 ff. Revidirte Städteordnung vom 17. März 1831 § 32. Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 § 62. Städteordnung für die Provinz Westphalen vom 19. März 1856 §. 62. Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856 §. 57. Hannoversche revidirte Städteordnung vom 24. Mai 1858 §§. 71. 78. Schleswig-Holsteinsche Städteordnung vom 14. April 1869 §. 89. — Hannoversches Landgemeindegesetz vom 28. April 1859 §§. 69. 70. Landgemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 22. September 1867 §. 23. Kurhessische Gemeindeordnung von 1834. — Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 §. 1 ff. Verordnung über die Polizeiverwaltung in den neuerworbenen Landestheilen vom 20. September 1867 §. 1 ff.

fürwortete Fixation der Polizeikosten nicht aus der Welt geschafft werden würden. In allen Fällen hat übrigens die staatliche Aufsichtsbehörde das Recht, derartige Ausgaben zu veranlassen, wie das z. B. hinsichtlich der Pflasterung, der Einrichtung einer Straßenbeleuchtung, der Anschaffung einer Stadtuhr mehrfach geschehen ist.

Zu der Verwaltung des Schul- und Kirchenwesens stehen die Gemeinden der alten Provinzen, insbesondere im Geltungsgebiete des allgemeinen Landrechts, nur in sehr losen Beziehungen. Selbst hinsichtlich der Elementarschule liegt die Unterhaltspflicht den zur Schule gewiesenen Einwohnern, den s. g. Schulsocietäten, und nicht wie der durch die Verfassung selbst suspendirte Verfassungsartikel vorschreibt, den Gemeinden ob. Diese haben jedoch thatsächlich meist die Schullast als Communallast übernommen, insbesondere um die Forensen und juristischen Personen an derselben zu betheiligen, sie sind ferner ohne irgend eine Verpflichtung, vom Standpunkte der Pflege örtlicher Interessen aus, zur Gründung höherer Schulanstalten, Gymnasien, Real- und Gewerbeschulen fortgegangen, und es haben sich daraus mannichfache Berechtigungen in Bezug auf Anstellungen und dergleichen ergeben. Ebenso liegt die Kirchenlast, insbesondere die kirchliche Baulast, an sich nur dem Patron und den Eingepfarrten ob, doch haben die Communen, in freiwilliger Erweiterung ihrer Aufgaben, auch auf dieses Gebiet ihre Wirksamkeit ausgedehnt. Endlich bedient sich der Staat zur Aufsicht über das Elementarschulwesen gewisser Organe, die mit der Gemeinde in einigem Zusammenhange stehen, der Schulvorstände auf dem Lande, bestehend aus dem Patron, dem Geistlichen und einigen Familienvätern, unter denen wo möglich der Schulze sein soll, den Schuldeputationen in den Städten, bestehend aus einer gleichen Anzahl von Magistratsmitgliedern, Stadtverordneten und des Schul- und Erziehungswesens kundigen Männern, zu denen auch die Vertreter derjenigen Schulen, die nicht städtischen Patronats sind, hinzugezogen werden müssen.

Ein sehr ausgedehnter Wirkungskreis bietet sich den Gemeinden dar, insofern sie als Ortsarmenverbände ihren hülfsbedürftigen Angehörigen nach Maßgabe des Unterstützungs-Wohnsitzes den Unterhalt zu gewähren haben [1].

Sie haben ferner bei der staatlichen Steuerverwaltung mitzuwirken, sowohl bei der Veranlagung und Einschätzung, als auch bei der Führung der Rollen und der Erhebung. Eine Mitwirkung bei der Veranlagung und Einschätzung kommt für den ganzen Staat nur bei der Classensteuer vor, indem eine aus dem Magistrat oder Gemeindevorstande und mehreren von der Stadtverordneten- (Gemeinde-) Versammlung gewählten Mitgliedern bestehende Commission unter Aufsicht des Landraths die Vorschläge macht, deren Feststellung durch die Regierung erfolgt; für die Stadtgemeinden bei der Gewerbesteuer, sofern die Stadtgemeinde zu einer der drei ersten Gewerbesteuer-Abtheilungen gehört, indem in diesem Falle der Magistrat die Steuer auf die Steuerpflichtigen vertheilt, wo nicht eine Steuergesellschaft die Vertheilung vornimmt. Außerdem haben dann die Gemeinden in den östlichen Provinzen die Verpflichtung, die Erhebung der Grund- und Gebäudesteuer, sowie die Aufstellung der Rollen und die Erhebung hinsichtlich der Gewerbe- und Classensteuer einschließlich der Execution, auch die Ablieferung an die Staatskasse zu bewirken, wogegen sie bei der Gebäudesteuer eine Erhebungsgebühr von drei, bei der Gewerbe- und Classensteuer von vier Procent beziehen. Dagegen hat die Gemeinde weder bei der Erhebung der Mahl- und Schlachtsteuer, wo solche als Surrogat der Classensteuer besteht, obgleich

[1]) Allgemeines Landrecht II. 19. §. 10–13; Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. December 1842; Gesetz über die Aufnahme neu anziehender Personen, vom 31. October 1842; Gesetz zur Ergänzung der Gesetze vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege und die Aufnahme neu anziehender Personen vom 21. Mai 1855; Norddeutsches Bundesgesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867.

ein Drittheil vom Rohertrage der Mahlsteuer der Gemeinde zufällt, und diese häufig communale Zuschläge erhebt, noch bei der Veranlagung und Erhebung der classificirten Einkommensteuer irgend eine Betheiligung [1]).

Die Gemeinden haben ferner bei dem Militärwesen mitzuwirken. Insbesondere fallen ihnen bedeutende Lasten zu, wenn das Gesetz vom 11. Mai 1851 wegen der Kriegsleistungen in Wirksamkeit getreten ist; sie haben dann die Verpflichtung, unentgeltlich an die Truppen auf Märschen und in Cantonnirungen Naturalquartiere zu gewähren, Arbeitskräfte und Transportmittel, insbesondere Vorspann, innerhalb gewisser Grenzen zu stellen, und disponible oder leer stehende Gebäude, freie Plätze, unbestellte Grundstücke zu militärischen Zwecken zu überweisen; und sie haben die weitere Verpflichtung gegen Entschädigung für Naturalverpflegung der Truppen, für Fouragelieferung, für Arbeitskräfte und Transportmittel, Grundstücke und Gebäude, soweit solche überhaupt erforderlich sind, sowie für alle anderen denkbaren Kriegsbedürfnisse zu sorgen. Während des Friedens dagegen sind die Gemeinden von materiellen Leistungen befreit, denn auch die Fürsorge für die räumliche Unterbringung der bewaffneten Macht ist während des Friedenszustandes eine Last des Bundes, deren Naturalleistung zwar gegen Entschädigung verlangt werden kann, aber nicht den Gemeinden, sondern den Einzelnen zur Last fällt. Die Gemeindevorstände haben jedoch die Pflicht, für die gehörige und rechtzeitige Erfüllung der Quartierleistungen — etwa durch eigene Servisdeputationen — zu sorgen [2]).

Die Gemeinden haben überhaupt alle örtlichen Geschäfte der Kreis-, Bezirks- und allgemeinen Staatsverwaltung, namentlich hinsichtlich des Führens von Personenstandsregistern, hinsichtlich der Vornahme von Wahlangelegenheiten, sofern nicht andere Behörden dazu bestimmt sind [3]).

bb) Organismus der Localgemeinden.

α) Die Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung.

In jeder Gemeinde besteht ein doppeltes Organ. Zunächst eine Körperschaft, welche entweder aus sämmtlichen Mitgliedern der Gemeinde oder aus Repräsentanten derselben zusammengesetzt ist. Jenes ist noch heute das Regelmäßige auf dem Lande. Insbesondere in den östlichen Provinzen in Schleswig-Holstein und in Hannover, in welchen Landestheilen nur durch statutarische Anordnung unter ministerieller Genehmigung eine Gemeindevertretung, neben welcher das Fortbestehen der allgemeinen Gemeindeversammlung für gewisse Angelegenheiten in Hannover ausdrücklich gewahrt ist, eingeführt werden kann. In den beiden westlichen Provinzen sind die Gemeinden nach der Zahl der stimmberechtigten Mitglieder zu scheiden, indem in den kleineren bis zu achtzehn Mitgliedern eine

[1]) Gesetz über die Einrichtung des Abgabenwesens vom 30. Mai 1820, §. 7; Gesetz wegen Einführung einer Classensteuer vom 30. Mai 1820, §. 6 c; Gesetz wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 30. Mai 1820, §. 26—36; Gesetz, betr. die Einführung einer Classen- und classificirten Einkommensteuer vom 1. Mai 1851, §. 10. 15. 34. 35; Gesetz, betr. die Einführung einer allgemeinen Gebäudesteuer vom 21. Mai 1861, §. 14; Gesetz, betr. einige Abänderungen des Gesetzes wegen Entrichtung der Gewerbesteuer vom 19. Juli 1861, §. 11.

[2]) Gesetz wegen der Kriegsleistungen und deren Vergütung vom 11. Mai 1851, §. 3. 8—12. 15. 16; im ganzen Bundesgebiet eingeführt durch die Verordnung vom 7. November 1867, §. 1; Bundesgesetz, betr. die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedenszustandes vom 25. Juni 1868, §. 1. 5. 6.

[3]) Allgemeines Landrecht II, 7. §. 53 ff.; Westphälische Landgemeindeordnung vom 19. März 1856, §. 74; Rheinische Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845, §. 108; Schleswig-Holsteinische Gemeindeordnung vom 22. September 1867, §. 23. — Städteordnung vom 30. Mai 1853, §. 62; vom 19. März 1856, §. 62; vom 15. Mai 1856, §. 57.

allgemeine Gemeindeversammlung, in den größeren ein gewählter Gemeinderath besteht; indessen kann in Westphalen auch in diesen größeren Gemeinden durch Gemeindestatut die Bildung einer gewählten Gemeindevertretung ausgeschlossen und in dem ostrheinischen Theile des Regierungsbezirks Coblenz die allgemeine Gemeindeversammlung auf Grund eines Gemeindebeschlusses beibehalten werden [1]).

Dagegen sollten in den Städten die gemeinschaftlichen Angelegenheiten schon nach dem Landrecht [2]) nicht in allgemeinen Versammlungen der ganzen Bürgerschaft, sondern nur mit den Repräsentanten derselben verhandelt werden, die jedoch — charakteristisch für die Behandlung des Gemeindewesens im Landrecht — gleich den Stellvertretern privatrechtlicher Gesellschaften an die Genehmigung der Gemeinde gebunden blieben, indem sie insbesondere verpflichtet wurden, mit den Vorstehern der Zünfte und übrigen einzelnen in der Stadtgemeinde befindlichen Corporationen, sowie diese hinwiederum ein Jeder mit den Mitgliedern seiner Zunft oder Corporationen darüber Rücksprache zu nehmen. Indem die Städteordnung von 1808 auf der einen Seite — und zwar in einer für ein Gesetz auffallenden Hervortretung des theoretischen Gedankens — die gesammte Bürgerschaft als den Träger der Gemeindegewalt hinstellt, und der Bürgerschaft als solcher alle möglichen Gemeinderechte einzeln aufgeführt beilegt, um dann fortzufahren: „von allen nach Inhalt dieser Ordnung der Stadtgemeinde beigelegten, oder denselben sonst zustehenden Rechten wird einzig und allein die Befugniß der Stadtverordnetenwahl von der Stadtgemeinde in der Gesammtheit ausgeübt, in allen übrigen Angelegenheiten des Gemeindewesens wird die Bürgerschaft durch die Stadtverordneten vertreten," denn „die Vertretung der Stadtgemeinde oder Bürgerschaft durch Stadtverordnete ist nothwendig, weil jene aus zu vielen Mitgliedern besteht, als daß ihre Stimmen über öffentliche Angelegenheiten jedesmal einzeln vernommen werden könnten," so ist doch nun die Bedeutung dieser Vertretung mit vollem Bewußtsein aus der privatrechtlichen in die öffentlich-rechtliche Sphäre erhoben worden, „die Stadtverordneten sind berechtigt, alle Angelegenheiten des Gemeinwesens ohne Rücksprache mit der Gemeinde abzumachen, sie bedürfen dazu weder einer besonderen Instruction noch einer Vollmacht der Bürgerschaft, noch sind sie verpflichtet, über ihre Beschlüsse Rechenschaft zu geben; das Gesetz und die Wahl sind ihre Vollmacht, ihre Ueberzeugung, und ihre Ansicht vom Besten der Stadt ihre Instruction, ihr Gewissen aber die Behörde, der sie deshalb Rechenschaft zu geben haben; sie sind im vollsten Sinne Vertreter der ganzen Bürgerschaft" [3]).

Hinsichtlich der Zusammensetzung dieser Körperschaft, sei es der allgemeinen Gemeindeversammlung, sei es der Repräsentation, herrscht in der gesammten Gesetzgebung für das platte Land sehr entschieden der Grundsatz einer Beziehung und Verhältnißmäßigkeit der gewährten Rechte und Vortheile zu dem Maße und zu der Vertheilung der Lasten.

---

[1]) Allgemeines Landrecht II, 7, §. 18 ff; Gesetz, betr. die Landgemeindeverfassung in den sechs östlichen Provinzen vom 14. April 1856 (Novelle zum Landrecht), §. 8; Verordnung, betr. die Landgemeindeverfassung im Gebiete der Herzogthümer Schleswig-Holstein vom 22 September 1867, § 16 (in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Gesetz für die östlichen Provinzen); Hannoversches Gesetz, betr. die Landgemeindeordnung vom 28. April 1859, §. 41. 51. 52; Gemeindeordnung für die Rheinprovinz vom 23. Juli 1845, §. 45; Landgemeindeordnung für die Provinz Westphalen vom 19. März 1856, §. 24.

[2]) Ueber die ältern städtischen Verhältnisse vgl. namentlich von Bassewitz I, 30 ff. 80 ff. 89. 252 ff. II, 1642 f.; über die landrechtlichen Bestimmungen von Bassewitz, III, 210 ff.; über die Einführung der Städteordnung von 1808 in Berlin und den übrigen Städten der Kurmark von Bassewitz III, 212 ff. 219 ff. — Ueber die älteren Verhältnisse auch Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte I, 586 ff. 634 ff.

[3]) Allgemeines Landrecht II, 8. §. 110—114; II, 6. §. 114 ff. 118. 131; Städteordnung vom 19. November 1808, §. 47. 48. 52. 67—69. 108.

Nach den wörtlich übereinstimmenden Festsetzungen für die sechs östlichen Provinzen und für Schleswig-Holstein wird sowohl die Theilnahme an dem Stimmrechte, als auch die Vertheilung der Lasten zunächst durch die Ortsverfassung bestimmt, die, insbesondere im Gebiete des Landrechts, in einer Classeneintheilung der angesessenen Wirthe nach Art und Größe der ländlichen Besitzweise durchschnittlich besteht. Wo jedoch durch Parzellirungen, Ansiedelungen oder Coloniebildungen hinsichtlich der Ortsverfassungen, Dunkelheiten oder Mißverhältnisse entstanden sind, und das Bedürfniß einer neuen Feststellung der Stimmrechte und der Gemeindelasten, oder eines dieser beiden Verhältnisse sich geltend macht, da soll die Vertheilung der Gemeindelasten unter Berücksichtigung der Abstufungen des Grundbesitzes und des Classenverhältnisses in der Weise geschehen, daß die den einzelnen Gemeindegliedern oder den Classen aufzuerlegenden Antheile an den Lasten in ein angemessenes Verhältniß zu den Rechten und Vortheilen treten, welche dieselben in dem Gemeindeverbande genießen, während bei einer neuen Festsetzung der Stimmrechte darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß den Besitzern solcher Grundstücke, welche die übrigen an Werth und Größe erheblich übersteigen, mehr als eine Stimme beigelegt wird, daß die Gemeindeglieder in Classen eingetheilt werden, und daß die Stimmen der Besitzer derjenigen kleineren Grundstücke, welche zu ihrer Bewirthschaftung kein Zugvieh erfordern, zu Gesammtstimmen verbunden werden, so daß dergleichen Besitzer das Stimmrecht in der Gemeindeversammlung durch Abgeordnete auszuüben haben, welche sie aus ihrer Mitte wählen. Ganz analoge Bestimmungen gelten in Hannover; auch hier soll zunächst die Ortsverfassung entscheiden, bei eintretenden Veränderungen der Antheil an den Gemeindelasten zu Grunde gelegt werden, und regelmäßig eine Classeneintheilung stattfinden; „die Grundlagen für diese Eintheilung bilden die verschiedenen Classen der in der Gemeinde vorhandenen Höfe und Güter; die Nichtansässigen bilden, soweit sie nicht unter Berücksichtigung ihrer Concurrenz zu den Gemeindelasten einer dieser Classen einzureihen sind, die unterste Classe; das Stimmrecht der Mitglieder der einzelnen Classen ist unter Berücksichtigung der Concurrenz zu den Gemeindelasten und des Interesses an den Gemeindeangelegenheiten zu bestimmen." Abweichend sind wiederum die Verhältnisse in den beiden westlichen Provinzen. Es war der Mangel an organischen Verschiedenheiten in der ländlichen Besitzesweise, welcher dazu geführt hat, bei der für Stadt und Land gemeinsamen Regulirung des Gemeindewesens in der Rheinprovinz jenes Dreiclassensystem, welches seitdem auf dem Gebiete des Staatslebens und des städtischen Communalwesens von großer Bedeutung geworden ist, zum ersten Male zur Geltung zu bringen. Dieses System ist später auch auf die Landgemeinden der Provinz Westphalen ausgedehnt, jedoch mit der Modification, daß abweichende Bestimmungen zum Zweck fester und dauernder Abgrenzung der Wahlclassen dem Gemeindestatut vorbehalten bleiben, woraus die Befugniß gefolgert ist, durch Gemeindestatut auch die alten Classenunterschiede der ländlichen Grundbesitzer, etwa in Vollbauern, Halbspänner und Kötter, wo solche sich noch erhalten haben, selbstständig oder neben dem Dreiclassensysteme zur Anwendung zu bringen. Uebrigens sind in beiden Provinzen die größeren Grundbesitzer sowohl in der Gemeindeversammlung als auch in der Gemeindevertretung noch besonders bevorzugt [1]).

[1]) Allgemeines Landrecht II, 7. §. 20 ff.; Gesetz, betr. die Landgemeindeverfassung in den sechs östlichen Provinzen vom 14. April 1856 (Novelle zum Landrecht), §. 3. 4. 5. 11. 12. 13; Verordnung, betr. die Landgemeindeverfassung im Gebiete der Herzogthümer Schleswig und Holstein vom 22. September 1867, §. 8. 9. 10. 24. 25 (in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Gesetz für die östlichen Provinzen); Hannoversches Gesetz, betr. die Landgemeindeordnung vom 28. April 1859, §. 3. 4. 8. 17; Bekanntmachung vom 28. April 1859, §. 19 ff.; Gemeindeordnung für die Rheinprovinz vom 23. Juli 1845 §. 50 ff; Landgemeindeordnung für die Provinz Westphalen vom 19. März 1856, §. 27 ff.; Instruction vom 9. Mai 1856, Art. 6. 9. 10. 12.

In den Städten war in älterer Zeit, und noch nach den Grundsätzen des Landrechts, die Theilnahme an der städtischen Verwaltung auf die Zünfte gegründet, die in der That damals in ähnlicher Weise wie die agrarischen Besitzverhältnisse hinsichtlich der Landgemeinden eine organische Grundlage für das gesammte Städtewesen bildeten.

Die Städteordnung von 1808 verfolgte jedoch gerade vorzugsweise den Zweck, an die Stelle „des nach Classen und Zünften sich theilenden Interesses eine wirksame Theilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung des Gemeinwesens“ zu setzen; es wurde demgemäß „die Wahl der Stadtverordneten, nach Ordnungen, Zünften und Corporationen gänzlich aufgehoben.“

Und so häufig nun auch gerade der Urheber der Städteordnung, der sein großes Werk keineswegs für unverbesserlich hielt, im Eingehen auf Niebuhrsche Entwürfe, insbesondere bei der beabsichtigten Einführung der Städteordnung in Westphalen auf derartige Einrichtungen zurückgekommen ist, so sehr ferner die Gesetzgebung der spätern Zeit derartige statutarische Anordnungen zugelassen und begünstigt, und dieserhalb in einem Theile des Staats sogar Abweichungen von der gesetzlichen Wahlordnung gestattet hat, so muß doch einerseits die theoretische Richtigkeit des Gedankens einer modernen ständischen Gliederung auf diesem Gebiete besonders um deswillen bestritten werden, weil das moderne Erwerbsleben gar nicht in der früheren engen Verbindung mit dem Communalwesen steht, die Bedeutung der Gemeinde, insbesondere der Stadt, eine ganz andere geworden ist, wie denn auch andererseits die praktischen Resultate dieser Richtung, trotzdem daß der Raum zu einer derartigen Entwickelung freigegeben war und eine hinlängliche Zeit verstrichen ist, gleich Null sind und sich auf die Experimente dreier ganz kleiner Städte reduciren [1].

Die positiven Verfassungsgestaltungen auf dem Gebiete des städtischen Gemeindewesens in Preußen zerfallen in zwei Classen.

Im Anschluß an das Landrecht hatten die Städteordnung von 1808 und 1831 den Grundsatz beibehalten, innerhalb der Städte die Einwohnergemeinde und die eigentliche Bürgergemeinde zu trennen. Es zerfiel darnach die städtische Bevölkerung in Bürger und Schutzverwandte. Das Bürgerrecht bestand, abgesehen von den bald nach Emanation der Städteordnung von 1808 obsolet gewordenen Wirkungen in Bezug auf Gewerbetrieb und Grundbesitz, in der Theilnahme am Gemeindestimmrecht und in der Befähigung zu Gemeindeämtern. Dasselbe wurde nur auf Antrag durch eine förmliche Urkunde verliehen; nach der Städteordnung von 1808 war dasselbe von einem ziemlich niedrigen, nach der Städteordnung von 1831 von einem sehr hohen Census abhängig. Innerhalb dieser Bürgergemeinde fanden jedoch weitere Classificirungen nicht mehr statt; die Wahl der Stadtverordneten erfolgte nach Bezirken [2].

Ganz auf diesen Grundlagen, in einer oft wörtlichen Uebereinstimmung mit der Städteordnung von 1808, ist die Regulirung der städtischen Gemeindeverhältnisse durch die — wohl von Stüve herrührende — Hannoversche Städteordnung vom 1. Mai 1851, und durch die noch jetzt geltende, in diesen wesentlichsten Punkten nicht abweichende, revi=

---

[1]) Allgemeines Landrecht II, 8. §. 112; Städteordnung vom 19. Novbr. 1808, Einleitung und §. 73; Pertz, Das Leben des Ministers Freiherrn von Stein, 2. Aufl. Bd. V. S. 339, Bd. VI. Abth. 1. S. 304—336, Bd. VI. Abth. 2. S. 348 ff.; v. Savigny, Die preußische Städteordnung (Ranke, Historisch-politische Zeitschrift. Bd. 1. (1832) S. 396 ff.); Städteordnung vom 17. Mai 1831, §. 2. 3. 51 ff.; vom 30. Mai 1853, §. 11. Nr. 2. (Instruction vom 20. Juni ejusd. Nr. VII.); vom 19. März 1856 § 11. (Instruction vom 9. Mai ejusd. Nr. IV); vom 15. Mai 1856, §. 10.

[2]) Städteordnung vom 19. November 1808, §. 15. 17. 23 ff. 74; Revidirte Städteordnung vom 17. März 1831, §. 15—17. 23 ff.

dirte Städteordnung vom 24. Juni 1858 erfolgt. Auch die gegenwärtig geltende kurhessische Gemeindeordnung steht auf diesem Standpunkte [1].

In den älteren preußischen Landestheilen dagegen ist in der Gemeindeordnung vom 11. März 1850, und in den nach dem Vorbilde derselben aufgestellten drei Städteordnungen für die östlichen Provinzen, für die Rheinprovinz und für Westphalen jene frühere Basis verlassen, und einerseits eine Identität von Bürgergemeinde und Einwohnergemeinde in der Weise herbeigeführt, daß alle selbstständigen Preußen das Bürgerrecht von selbst erwerben, wenn sie seit einem Jahre Einwohner des Stadtbezirks sind, d. h. nach den Bestimmungen der Gesetze ihren Wohnsitz haben, keine Armenunterstützungen aus öffentlichen Mitteln empfangen, die Gemeindesteuern bezahlt haben, und außerdem entweder ein Wohnhaus im Stadtbezirk besitzen, oder ein stehendes Gewerbe daselbst als Haupterwerbsquelle, in größeren Städten mit zwei Gehülfen, selbstständig betreiben, oder an Classensteuer einen Jahresbetrag von mindestens vier Thalern entrichten, was in mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Städten durch specielle Einschätzung nach den Grundsätzen der Classensteuerveranlagung oder durch ein gewisses Einkommen ersetzt wird; während andererseits eine Classificirung der Bürger zum Zwecke der Wahl der Stadtverordneten nach Maßgabe der von ihnen zu entrichtenden directen Steuern (Gemeinde-, Kreis-, Bezirks-, Provinzial- und Staatsabgaben) in die bekannten drei Abtheilungen erfolgt ist, weil, wie die Regierungsmotive bei Gelegenheit der Vorlage der Gemeindeordnung von 1850 ausführen, ungeachtet die Gemeinde keine Actiengesellschaft sei, und noch andere Momente in ihr in Betracht kämen als die Steuerkraft des Einzelnen, doch eine Vertheilung des Stimmrechts nach den Steuern ein richtiges Verhältniß erwarten lasse, eine Correlativität von Recht und Pflicht wohl gerechtfertigt sei, und demjenigen, welcher einen tausendfach höheren Beitrag zu den Gemeindelasten gebe, auch ein größerer Antheil an der Wahl der ihn besteuernden und das Gemeindevermögen verwaltenden Vertretung bewilligt werden müsse [2].

Endlich ist neuerdings für Schleswig-Holstein einerseits die Identität von Bürger- und Einwohnergemeinde nach den Grundsätzen der älteren Landestheile zur Geltung gebracht, dagegen andererseits die Wahl der Stadtverordneten den Bürgern ohne weitere Classeneintheilung übertragen und mit dem Aufgeben des Dreiclassen-Wahlsystems ein Princip verlassen, welches seit 1845 die preußische Gemeindegesetzgebung beherrscht hat. Ebenso wird im Regierungsbezirke Kassel nach der für die Städte und Landgemeinden Kurhessens gleichmäßig erlassenen Gemeindeordnung vom 25. October 1834 der Gemeinde-Ausschuß von der Gesammtheit der stimmfähigen Ortswähler gewählt, mit der Beschränkung daß die Ausschußmitglieder zur Hälfte der Classe der Hochbesteuerten angehören müssen [3].

β) Der Gemeindevorstand.

In jeder Gemeinde besteht neben der Gemeindeversammlung oder Vertretung ein Gemeindevorstand. Dieser besteht auf dem Lande aus einem Einzelnen, dem Schulzen

---

[1]) Hannoversche Städteordnung vom 1. Mai 1851. §. 18 ff., §. 85 ff.; Hannoversche revidirte Städteordnung vom 24. Juni 1858, §. 19 ff. §. 80 ff.; Gemeindeordnung für die Städte und Landgemeinden Kurhessens vom 23. October 1834 §. 20. 21. 27. 28. 33. 34. und Gesetz vom 6. August 1840, betreffend die authentische Interpretation des §. 28. der Gemeindeordnung vom 23. October 1834.

[2]) Gemeindeordnung vom 11. März 1850, §. 4. 11; Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853, § 5. 13; Städteordnung für die Provinz Westphalen vom 19. März 1856, §. 5. 13. (wörtlich gleichlautend mit Ausnahme des die Mahl- und Schlachtsteuer betreffenden Passus in §. 5); Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856, §. 5 12. (im wesentlichen übereinstimmend).

[3]) Gesetz, betreffend die Verfassung und Verwaltung der Städte und Flecken in der Provinz

oder Gemeindevorsteher, welchem Gehülfen, Schöffen, Gerichtsmänner beigegeben sind. Diese Vorstandschaft haftet vielfach namentlich in den östlichen Provinzen an dem Besitze eines ländlichen Grundstücks, Schulzenguts. Abgesehen von diesen Lehn- oder Erbschulzen werden die Schulzen in den östlichen Provinzen, sofern nicht durch Observanz oder sonstige Rechtsnormen etwas Abweichendes feststeht, von dem Inhaber der Ortsobrigkeit (Gutsbesitzer oder Domänenrentmeister) nach Anhörung der Gemeinde unter landräthlicher Bestätigung, die Ortsvorsteher in der Rheinprovinz vom Landrath auf Gutachten des Bürgermeisters ernannt, während in Westphalen, in Hessen, in Nassau, in Hannover und in Schleswig-Holstein den Gemeinden das Wahlrecht unter höherer Bestätigung, wozu in Schleswig-Holstein noch die Genehmigung der Gutsobrigkeit kommt, zusteht [1].

Das Amt der Schulzen oder Gemeindevorsteher ist überall ein Ehrenamt. Es wird ihnen wenigstens keine zu ihrem Unterhalte hinreichende Besoldung gewährt, dagegen haben sie, abgesehen von dem Falle, daß Jemand als Besitzer eines Schulzenhofs zur Uebernahme aller Lasten verpflichtet ist, Anspruch auf eine Entschädigung für die mit dem Amte verbundenen Kosten und Aufwendungen; es wird dafür häufig ein Pauschquantum in Gestalt einer Landdotation gegeben, die in den östlichen Provinzen zu gleichen Theilen von der Gemeinde und von der Ortsobrigkeit zu gewähren ist, weil der Schulze im Dienste beider steht, und deren Festsetzung dort in streitigen Fällen durch ein Zusammenwirken des Schulzen, der Gemeinde, des Gutsherrn, des Landraths, des Kreistags, der Regierung erfolgt.

In einer ähnlichen Stellung wie der Vorsteher zu der Gemeinde befindet sich der Besitzer eines selbstständigen Gutsbezirks gegenüber den Bewohnern desselben, mit dem Unterschiede, daß er niemals an ihre Zustimmung gebunden ist, aber auch nicht das Recht hat, zur Erfüllung der dem selbstständigen Gutsbezirke gleich der Gemeinde obliegenden Verpflichtungen, Lasten oder Leistungen von ihnen zu verlangen.

Für die Städte besteht der Gemeindevorstand in der Rheinprovinz regelmäßig aus einem Einzelnen, dem Bürgermeister, welchem Gehülfen (Beigeordnete) an die Seite gesetzt sind, und nur ganz ausnahmsweise auf besonderen Antrag der Städte aus einem collegialischen Magistrate, in den östlichen Provinzen, in Westphalen und in Schleswig-Holstein regelmäßig aus einem collegialischen Magistrate, und nur ganz ausnahmsweise für Städte, welche nicht mehr als 2500 Einwohner haben, in Schleswig-Holstein ohne solche Beschränkung, aus einem Einzelnen, in Hannover stets aus einem collegialischen Magistrate, während in Kurhessen Ortsvorstand (Bürgermeister) und Gemeinderath (in den Städten Stadtrath) zu unterscheiden sind, indem jener die laufende Verwaltung, dieser die Berathung und Beschlußführung über alle Gemeindeangelegenheiten hat, die nicht zur gewöhnlichen Amtsführung gehören [2].

Während auf dem Standpunkte des Landrechts nach den Privilegien und Statuten jedes Orts und bei deren Ermangelung nach den Provinzialgesetzen zu beurtheilen war,

---

Schleswig-Holstein vom 14. April 1869; Kurhessische Gemeindeordnung vom 23. October 1834. §. 38.

[1]) Allgemeines Landrecht II. 7. §. 46 ff.; Gesetz, betr. die ländlichen Ortsobrigkeiten vom 14. April 1856, §. 21, und Instruction vom 30. Juli 1856, Art. 11; Rheinische Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845, §. 72; Westphälische Gemeindeordnung vom 19. März 1856, §. 38; Hannoversches Gesetz, betr. die Landgemeinden vom 28. April 1859, §. 22. 26 ff. 46; Schleswig-Holsteinische Gemeindeordnung vom 22. September 1867, §. 19. 20. 21.

[2]) Rheinische Städteordnung vom 15. Mai 1856, §. 66 ff.; Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853, §. 72 ff.; Westphälische Städteordnung vom 19 Mai 1856, §. 72 ff; Schleswig-Holsteinische Städteordnung vom 14. April 1867, §. 28. 94; Hannoversche revidirte Städteordnung vom 24. Juni 1858, §. 39; Kurhessische Gemeindeordnung vom 23. October 1834, §. 36. 59. 63.

ob der Magistrat gewählt oder vom Landesherrn bestellt werde, im zweifelhaften Falle jedoch vermuthet werden sollte, daß der Gemeinde das Wahlrecht zustehe, und endlich in dem Falle, daß die Gemeinde das Wahlrecht hatte, selbiges der Regel nach durch den Magistrat ausgeübt wurde, so besteht gegenwärtig das Recht, den städtischen Gemeindevorstand zu wählen, in allen Provinzen des Staats, indem dasselbe regelmäßig von den Stadtverordneten, in Hannover jedoch von einem aus den vorhandenen Magistratspersonen und einer gleichen Anzahl Bürgervorsteher (Stadtverordneten) gebildeten Wahlcollegium, in Schleswig-Holstein aber von der wahlberechtigten Bürgerschaft in der Weise ausgeübt wird, daß für jede einzelne Stelle drei Candidaten von einer Commission präsentirt werden, welche aus sämmtlichen vorhandenen Mitgliedern des Magistrats und aus einer gleichen Anzahl durch die Stadtverordneten-Versammlung zu bestimmender Mitglieder der letztern gebildet wird; in Kurhessen endlich wird der Gemeinderath vom Gemeindeausschusse, der Gemeindevorstand gemeinschaftlich vom Gemeinderath und Gemeindeausschusse gewählt [1].

Der städtische Gemeindevorstand bietet eine Combination von Ehrenamt und Berufsamt. Wenn schon im Landrecht die Verpflichtung der Bürger zu städtischen Ehrenämtern geltend gemacht war, so daß die Städteordnung von 1808 diese allgemeinen Sätze nur wörtlich wiederholen konnte, so ist doch diese Verpflichtung seit der Städteordnung von 1808 in allen alten Provinzen unter hohe Strafbestimmungen gesetzt, die in Entziehung des städtischen Stimmrechts und einer stärkeren Heranziehung zu den Gemeindelasten besteht [2].

Das städtische Berufsamt steht dem staatlichen Berufsamt in sofern gleich, als einerseits eine feste Besoldung damit verbunden ist, und andererseits die Inhaber desselben verpflichtet sind, „ihre Zeit der Amtsführung ganz zu widmen“, unterscheidet sich aber von dem staatlichen Berufsamt insbesondere dadurch, daß regelmäßig der formelle Nachweis einer bestimmten Vorbildung nicht verlangt wird, und daß die Amtsdauer, außer in Hannover, keine lebenslängliche, sondern eine zwölfjährige ist [3].

Wenn nun aber auch „die ganze Geschäftsführung in allen das Gemeinwesen betreffenden Angelegenheiten zur Begründung der Einheit in dem Magistrat concentrirt und von demselben geleitet werden soll“, auch „diejenigen speciellen Geschäftszweige, wobei es hauptsächlich auf Gesetzes- und Verfassungskunde ankommt“ vom Magistrat zu erledigen sind, so soll doch zugleich „der Bürgerschaft zur Beförderung einer lebendigen Theilnahme an diesen Angelegenheiten die kräftigste Mitwirkung dabei zugestanden werden“, und es sollen demgemäß „alle Angelegenheiten, womit Administration verbunden, oder die wenigstens anhaltender Aufsicht und Controle oder Mitwirkung an Ort und Stelle bedürfen, durch Deputationen und Commissionen besorgt werden, welche aus einzelnen oder wenigen Magistratsmitgliedern, dagegen größtentheils aus Stadtverordneten und Bürgern bestehen, die von der Stadtverordnetenversammlung gewählt und vom Magistrat bestätigt werden“, wie solche insbesondere für das Armen-, Bau-, Serviswesen und für viele andere Zweige

[1] Allgemeines Landrecht II, 8. §. 120 ff; Hannoversche revidirte Städteordnung vom 24. Juni 1858, §. 53; Schleswig-Holsteinische Städteordnung vom 14. April 1869, §. 31; Kurhessische Gemeindeordnung vom 23. October 1834, §. 39. 40.

[2] Allgemeines Landrecht II, 8, §. 29 ff.; Städteordnung von 1808 §. 191 ff., §. 201 ff.; Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853, §. 74; Westphälische Städteordnung vom 19. Mai 1856, §. 74; Rheinische Städteordnung vom 15. Mai 1856, §. 79; Hannoversche Städteordnung vom 24. Juni 1858, §. 11 (enthält nur das Princip); Schleswig-Holsteinische Städteordnung vom 14. April 1869, §. 9. 10 (enthält feste Strafbestimmungen).

[3] Städteordnung von 1808, §. 141; Hannoversche revidirte Städteordnung vom 24. Juni 1858, §. 43; vgl. auch Schleswig-Holsteinische Städteordnung vom 14. April 1869, §. 30.

der städtischen Administration ins Leben getreten sind; es sollen ferner „als Unterbehörden des Magistrats zur Besorgung der kleineren Angelegenheiten und der Controle" Bezirksvorsteher für die einzelnen Stadtbezirke eingesetzt werden, denen namentlich „die Aufsicht auf Straßen, Brücken, Brunnen, Wasserleitungen, Erleuchtung, Reinigung" überhaupt aber die Sorge „für alle Angelegenheiten des Gemeinwesens in seinem Bezirke" obliegt [1]).

b) Die Communalverbände höherer Ordnung.

Als Communalverbände höherer Ordnung erscheinen zunächst die s. g. Sammtgemeinden, die in den östlichen Provinzen beim Mangel einer entsprechenden administrativen Eintheilung nur ganz vereinzelt, und nur für gewisse Gegenstände, wie Deichwesen, Schulwesen, in den westlichen Provinzen dagegen und in einigen neuen Landestheilen in Anschluß an administrative Eintheilungen mit einem allgemeinen Wirkungskreise vorkommen. Während jedoch solche Sammtgemeinden in den beiden westlichen Provinzen in den Fällen, wo das Amt beziehungsweise die Bürgermeisterei nur aus einer Gemeinde besteht, gar nicht möglich, und in Westphalen in allen Fällen facultativ sind, so sind sie dagegen in der Provinz Hannover und im Regierungsbezirk Wiesbaden aus der früheren Zeit obligatorisch geblieben. In allen Fällen erscheint als Organ dieses Verbandes eine von den dazu gehörigen Gemeinden und Gütern bestellte Versammlung, die in der Rheinprovinz Bürgermeisterei, in Westphalen Amtsversammlung, in Hannover Amtsvertretung, in Wiesbaden Bezirksrath heißt, und deren Geschäfte der entsprechende staatliche Verwaltungsbeamte leitet [2]).

Als Communalverbände höherer Ordnung kommen ferner die über den ganzen Staat sich ausdehnenden streng mit der administrativen Eintheilung zusammenfallenden Kreisverbände, denen eine Anzahl der größeren Städte gleichgestellt ist, sodann die in einzelnen alten und neuen Provinzen sich vorfindenden Communalverbände im engeren Sinne, die aus früheren historischen Entwickelungen hervorgegangen, entweder wie die Communalverbände der Altmark, Kurmark, Neumark, der Ober- und Niederlausitz, wie die Communalverbände von Altpommern, Neuvorpommern und Rügen, wie die hannoverschen Landschaften, innerhalb des höheren Organismus, oder wie die Communalverbände der Regierungsbezirke Kassel und Wiesbaden an Stelle desselben sich befinden, endlich die über den ganzen Staat mit Ausnahme von Hessen und Nassau sich erstreckenden, mit der administrativen Eintheilung keineswegs streng zusammenfallenden Provinzialverbände in Betracht.

Was die Organisation dieser Kreis-, Communal- und Provinzialverbände betrifft, so beruht dieselbe überall mit Ausnahme des Regierungsbezirks Wiesbaden auf der ständischen Gliederung in großen Grundbesitz, Städte und Landgemeinden. Während aber in den alten Provinzen einerseits die Vertretung des großen Grundbesitzes gegenüber der Vertretung der Städte und Landgemeinden auf allen Stufen unverhältnißmäßig überwiegt, und andererseits der große Grundbesitz als Rittergutsbesitz besonders qualificirt sein muß,

[1]) Städteordnung vom 19. November 1808, §. 169. 174. 175. 179. 182; Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853, §. 59. 60; Westphälische Städteordnung vom 19. Mai 1856, §. 59. 60; Rheinische Städteordnung vom 15. Mai 1856, §. 54. 55; Schleswig-Holsteinische Städteordnung vom 14. April 1869, §. 66—70.

[2]) Rheinische Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845, §. 7. 8. 108 ff.; Westphälische Landgemeindeordnung vom 19. März 1856, §. 4 5. 75 ff.; Hannoversches Gesetz, die Amtsvertretung betr., vom 28 April 1859, §. 5. 12. 13. 27. 28; Verordnung vom 12. Sept. 1867, §. 4; Nassauische Verordnung vom 24. Juli 1854; Verordnung vom 26. Sept. 1867, §. 13.

so daß weder der Domänenfiscus noch, mit Ausnahme der beiden westlichen Provinzen, andere größere Landgüter an der Vertretung participiren, so ist in den neueren Provinzen einerseits ein richtigeres Verhältniß der vertretenen Interessen herbeigeführt, indem auf den Kreistagen der große Grundbesitz in Hannover höchstens ein Drittel, in Schleswig-Holstein regelmäßig ein Drittel, ausnahmsweise die Hälfte, im Kasseler Bezirk die Hälfte, auf dem Communallandtage des Kasseler Bezirks und auf den Provinziallandtagen von Hannover und Schleswig-Holstein ungefähr ein Drittel der Gesammtvertretung betragen soll, und es ist andererseits der Begriff des großen Grundbesitzes im ganzen ohne Rücksicht auf den Begriff des Ritterguts festgestellt, indem man sich in Hannover und in Schleswig-Holstein an historische Thatsachen gehalten, dort an die Berechtigung zu Virilstimmen in der Amtsvertretung, hier an das Wahlrecht nach den Gesetzen vom 15. Februar und 11. Juni 1854, im Kasseler Bezirk dagegen einen Grundsteuerreinertrag von 1000 Thalern, resp. 3500 Thalern als maßgebend angenommen hat, ohne indessen namentlich für den Provinzialverband in Schleswig-Holstein und in Kassel eine besondere Berücksichtigung der Ritterschaft als solcher ganz aufzugeben [1]. — Dagegen besteht im Regierungsbezirke Wiesbaden der Kreistag theils aus der Gesammtheit der zu einem Kreise gehörigen Bezirksräthe, theils aus den Besitzern derjenigen Güter, welche mindestens 500 Gulden Grundsteuer entrichten, der Communallandtag aus vier Standesherren, zwei gewählten Vertretern des großen Grundbesitzes, und je zwei Abgeordneten der einzelnen Kreistage [2].

Neben diesen communalen Vertretungskörpern bestehen dann auf allen Stufen auch executive Organe, für den Kreisverband der Landrath, der Kreishauptmann, die Kreisausschüsse, für die Communalverbände die altpommernsche Landstube, die neuvorpommernschen Landtagsbevollmächtigten, die ständischen Verwaltungsausschüsse in Hannover und Kassel. Und wiederum concurrirt auch hier mit dem Ehrenamte das Berufsamt, insbesondere ist für die laufende Verwaltung des provinzialständischen Vermögens in Hannover ein aus drei besoldeten Mitgliedern, einem Landesdirector und zwei Schatzräthen bestehendes Landesdirectorium, für die laufende Verwaltung des communalständischen Vermögens in Kassel ein besoldeter Landesdirector eingesetzt [3].

Die Functionen aller dieser Verbände bestehen zunächst wiederum in einer Unterstützung der allgemeinen Staatsverwaltung durch Dienstleistungen und Geldbeiträge. Es ist insbesondere den Kreisen eine Begutachtung der Classensteuer-Reclamationen, eine Mitwirkung bei der Einschätzung zur classificirten Einkommensteuer, bei der Entscheidung über die Militärpflichtigkeit, bei der Regelung des niedern Communalwesens [4], z. B. in Bezug auf Bezirksveränderungen, Schulzendotationen, Dorfstatuten, außerdem bei ein-

[1] Ueber das Vertretungsverhältniß der verschiedenen Stände siehe Kasseler Kreisordnung vom 9. Sept. 1867, §. 9; Hannoversche Kreisordnung vom 12. September 1867, §. 19; Schleswig-Holsteinische Kreisordnung vom 22. September 1867, §. 17. — Ferner Kasseler Communalordnung vom 20. September 1867, § 3 ff.; Hannoversche Provinzialordnung vom 22. August 1867, §. 3. 5; Schleswig-Holsteinische Provinzialordnung vom 22. Septbr. 1867, §. 3. — Ueber die Theilnahme des Domänenfiscus am Stimmrecht: Kasseler Kreisordnung, §. 8; Hannoversche Kreisordnung, §. 15. 17; Schleswig-Holsteinische Kreisordnung, §. 13; Wiesbadener Kreisordnung vom 26. September 1867, §. 8. — Ueber den Begriff des großen Grundbesitzes: Kasseler Kreisordnung, §. 7. 9; Hannoversche Kreisordnung, §. 14; Schleswig-Holsteinische Kreisordnung, §. 12.

[2] Wiesbadener Kreisordnung vom 26. Sept. 1867, §. 7; Wiesbadener Communalordnung vom 26. Sept. 1867, §. 3.

[3] Allerhöchste Erlasse vom 1. November 1868, betr. die Genehmigung des Regulativs für die Verwaltung des provinzialständischen Vermögens in der Provinz Hannover, §. 1. 2. 5. 6; und vom 11. November 1868 für Kassel, §. 1. 2. 5.

[4] Besonders betont in der Kreisordnung für Schleswig-Holstein, §. 8; Kasseler Kreisordnung, §. 4. Nr. 3; Wiesbadener Kreisordnung, §. 4.

tretender Mobilmachung die Gewährung der eigentlichen Landlieferungen (die Versorgung der Magazine mit Brodmaterial, Hafer, Heu, Stroh und Fleisch), ferner die Gestellung von Pferden zu den Uebungen der Landwehr-Cavallerie und endlich die Unterstützung der bedürftigen Familien zum Dienste einberufener Reserve- und Landwehrmannschaften, sowie neuerdings der Ersatzreserve übertragen [1]. Es ist in gleicher Weise den Communalverbänden und Provinzen eine Mitwirkung bei den Einkommensteuer-Reclamationen, bei der Revision und Controle der Rentenbanken, bei der Regelung des niederen Communalwesens (z. B. ob eine Stadt die Landgemeindeverfassung oder ein Dorf die Städteordnung erhalten soll), sowie die Armenlast, sofern die Einzelgemeinden zur Tragung derselben entweder nicht verpflichtet oder nicht vermögend sind, übertragen.

Allen diesen Verbänden liegt dann außerdem die Förderung gemeinsamer Interessen durch gemeinnützige Anlagen und Einrichtungen ob, die je nach den materiellen Kräften der Verbände, insbesondere je nachdem sie in alter oder neuer Zeit zu eigenem Vermögen gelangt sind, einen sehr verschiedenen Umfang haben. Die Kreise haben sich meist auf Wegebauten beschränkt, die Communal- und Provinzialverbände haben Kranken-, Irren-, Blinden-, Taubstummen-Anstalten, Feuersocietäten, Hülfskassen, Meliorationsfonds gegründet; dem hannoverschen Provinzial-Verbande sind insbesondere die Unterhaltung und Ergänzung der Landesbibliothek, Leistungen und Zuschüsse zu öffentlichen Sammlungen, welche der Kunst und Wissenschaft dienen, die Unterhaltung der verschiedensten Krankenanstalten, des jüdischen Schul- und Synagogenwesens, die Wegelast in ziemlich weitem Umfange, endlich die Bildung eines Fonds für Zuschüsse zu Landesmeliorationen auferlegt [2].

Indessen ist die freie Bewegung der höhern Communalverbände auf dem Gebiete dieser Interessenverwaltung doch sehr gehemmt.

Zunächst steht den einzelnen Ständen, wenn sie sich durch einen Kreis-, Communal- oder Provinziallandtags-Beschluß in ihren Interessen verletzt glauben, mittelst Einreichung eines Separatvotums die Anrufung der höheren Entscheidung frei [3]. Diese Befugniß fehlt nur den Kreisverbänden und dem Communalverbande des Regierungsbezirks Wiesbaden, weil es dort überhaupt keine Stände gibt.

Wenn es sich dann aber darum handelt, die Kreiseingesessenen zu gemeinnützigen Zwecken mit Beiträgen zu belasten, — ein Recht, welches den Kreisständen in den alten Provinzen erst lange nach ihrer Begründung durch besondere Verordnungen beigelegt ist, und ihnen 1848 von der Nationalversammlung vorübergehend wieder genommen wurde, — so ist zur Gültigkeit eines derartigen Beschlusses eine Mehrheit von zwei Dritteln erforderlich, es muß aber außerdem, sobald zwei Drittel der anwesenden Mitglieder eines Standes es verlangen, eine Abstimmung nach Ständen eintreten, und es gilt die Bewilligung als abgelehnt, wenn zwei Stände sich dagegen erklären; die Abstimmung in jedem

---

[1]) Die näheren Nachweisungen in den einschlagenden Specialgesetzen; vgl. übrigens Norddeutsche Bundesgesetze vom 7. November 1867 und 8. April 1868.

[2]) Gesetz vom 7. März 1868, §. 1. Aehnlich der Erlaß vom 16. September 1867, betr. die Ueberweisung des vormals kurhessischen Staatsschatzes an den communalständischen Verband des Regierungsbezirks Kassel; und Gesetz, betreffend die Erweiterung der Verwendungszwecke des vormals kurhessischen Staatsschatzes vom 25. März 1869. Vgl. auch die Verordnung, betreffend die Provinziallandschaften im Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover vom 22. September 1867; Gneist, Die Selbstverwaltung der Volksschule. Vorschläge zur Lösung des Schulstreites durch die preußische Kreisordnung. Berlin 1869. S. 57 ff.

[3]) Pommersche Kreisordnung vom 17. August 1825, §. 20; Pommersche Provinzialordnung vom 1. Juli 1823, §. 46; Kasseler Kreisordnung. §. 26; Kasseler Communalordnung, §. 23; Hannoversche Kreisordnung, §. 30; Hannoversche Provinzialordnung, §. 15; Schleswig-Holsteinische Kreisordnung, §. 32; Schleswig-Holsteinische Provinzialordnung, §. 17.

einzelnen Stande erfolgt in diesem Falle nach einfacher Stimmenmehrheit. Die Zweidrittel-Majorität gilt auch für Wiesbaden [1]).

Wenn demgemäß die communale Wirksamkeit jener höheren Verbände bisher nur gering gewesen ist, so steht doch denselben, namentlich den Kreisen, für die Zukunft eine erhöhte Bedeutung bevor. Alle auf dem Boden von Dorfgemeinden und Gutsbezirken projectirten Einrichtungen sind, nach einer neueren Ausführung Gneists, unter dem Einfluß der Gewerbefreiheit und Freizügigkeit in dem Gesammtsystem der heutigen Erwerbsgesellschaft praktisch unmöglich geworden. Die deutsche Philosophie der Selbstverwaltung setze voraus, daß auf dem platten Lande Gemeindeverbände schon vorhanden seien, welchen man nur die nöthigen Berechtigungen und die nöthige Selbstständigkeit zu verleihen brauche, um eine Selbstverwaltung nach bewährten Mustern in Gang zu bringen. Diese Voraussetzungen möchten theilweise zutreffen für einige hundert sehr große Landgemeinden, welche, durch Fabrikanlagen und besondere Erwerbsquellen zu großer Wohlhabenheit aufgewachsen, die Vorbedingungen einer Stadtverfassung besser erfüllten, als viele hundert unserer s. g. kleinen Stadtgemeinden. Für den Gesammtdurchschnitt unserer ländlichen Verhältnisse seien aber jene Voraussetzungen nicht vorhanden. „Unter dem Namen von Landgemeinden bestehen auf den Flurkarten der acht älteren Provinzen nach verschiedenartiger Berechnung 30,000—45,000 Amts- und Bauerdörfer, herrschaftliche Dörfer, selbstständige Gutsbezirke, Vorwerke, Colonien, Etablissements, welche (einschließlich der Städte) zu etwa 9500 Pfarrsystemen, und zu etwa 22,000 ländlichen Schulgemeinden vereinigt sind, mit denen sich dann wieder die Bezirke der Ortspolizeiverwaltung durchkreuzen. Diese s. g. Gemeinden sind Splitter einer älteren Ordnung, in welcher einst das Feudalwesen die staatlichen Functionen nach den Bedürfnissen seiner Zeit erfüllte. — Wir haben heute das Gefühl, daß das deutsche Kleinstaatenthum stetig dahin gewirkt hat, unsere Anschauungen vom Staate klein und engherzig zu machen. Es fehlt aber noch das consequente Weitergehen; das Anerkenntniß, daß das Kleingemeindewesen uns noch tiefer in den Gliedern liegt, als das Kleinstaatenthum, und daß dieses das entscheidende Hinderniß für jedes Fortschreiten der inneren Verwaltung geworden ist." Man wird gewiß die Richtigkeit dieser Ausführungen, namentlich für die östlichen Provinzen einräumen müssen, ohne freilich die ungeheueren Schwierigkeiten zu erkennen, die sich einer derartigen Reorganisation entgegenstellen würden.

In Baden sind erst neuerdings durch das Gesetz vom 5. October 1863 über die Organisation der innern Verwaltung Communalverbände höherer Ordnung, Kreisverbände und Bezirksverbände gebildet worden.

Die Vertretung der Kreisverbände erfolgt durch Kreisversammlungen, die Verwaltung der Kreisangelegenheiten durch Kreisausschüsse. Die Kreisversammlung wird gebildet aus den von den Kreiswahlmännern gewählten Mitgliedern; aus den in den Amtsbezirken gewählten Abgeordneten der Gemeinden; aus den Vertretern der größeren Städte von über 7000 Einwohnern; aus den Mitgliedern des Kreisausschusses, soweit sie nicht schon der Kreisversammlung angehören, aus den größten Grundbesitzern im Kreise. Die Kreiswahlmänner werden nach allgemeinem Stimmrecht für je 250 Einwohner alle drei Jahre gewählt; ihnen treten jedoch als Wahlberechtigte die im Wahlbezirke wohnenden Grundeigenthümer, sofern sie in dem Kreise an Liegen-

[1]) Verordnung über die Befugniß der Pommerschen Kreisstände, Ausgaben zu beschließen und die Kreis-Eingesessenen dadurch zu verpflichten, vom 25. März 1841, §. 1. 3 5. 6. 7. 8; Kasseler Kreisordnung, §. 25; Hannoversche Kreisordnung, §. 29; Schleswig-Holsteinische Kreisordnung, §. 31; Wiesbadener Kreisordnung, §. 20; Kasseler Communalordnung, §. 23; Wiesbadener Communalordnung, §. 12; Hannoversche Provinzialordnung, §. 14; Schleswig Holsteinische Provinzialordnung, §. 16.

schaften ein Grundsteuercapital von mindestens 25,000 Gulden besitzen, welches seit fünf Jahren von ihnen oder ihren Familienvorfahren versteuert wird, und diejenigen, welche unter derselben Bedingung Gewerbecapitalien im Betrag von mindestens 50,000 Gulden versteuern, bei; der Fiscus und andere Körperschaften (die Actiengesellschaften inbegriffen, aber mit Ausschluß der Gemeinden) nehmen, wenn sie mit Rücksicht auf ihren Alleinbesitz von Grundeigenthum oder Gewerbscapitalien, wahlberechtigt sind, durch Stellvertreter an der Wahl theil. Die Wahl der von den Kreiswahlmännern zu wählenden Kreisabgeordneten geschieht durch geheime Stimmgebung und relative Stimmenmehrheit nach den für die Wahlen in den Gemeinderath geltenden Vorschriften. Die Abgeordneten der Gemeinden werden in jedem Amtsbezirk durch eine Versammlung von Gemeindevertretern erwählt, welche in der Art gebildet wird, daß in jeder Gemeinde der Gemeinderath aus seiner Mitte die Wahlberechtigten — ein bis drei Mitglieder — abordnet; die Gemeinde-Wahlversammlung jedes Amtsbezirks wählt ein bis drei Abgeordnete zur Kreisversammlung. Die Vertreter der größeren Städte werden von dem Gemeinderathe und dem kleinen Bürgerausschusse gewählt. Die größten Grundbesitzer endlich werden nicht nach einer festbestimmten, sondern nach einer Verhältnißzahl zur Theilnahme berufen. Uebrigens soll die Zahl der von den Kreiswahlmännern gewählten Mitglieder doppelt so groß sein, als die durch Gemeindewahlen berufenen, und die Zahl der größern Grundbesitzer soll ein Sechstheil der gewählten Mitglieder betragen [1]). Die Staatsregierung ist jederzeit befugt, die Kreisversammlung aufzulösen.

Die Kreisversammlung ist berechtigt im Interesse des Kreises und seiner Bewohner gemeinnützige Anstalten zu gründen, und zur Förderung der gemeinsamen Cultur, Wirthschaft und Wohlthätigkeit die Gemeinden zu unterstützen [2]). Insbesondere faßt sie Beschlüsse über die Anlegung, Richtung und Unterhaltung neuer Straßen oder Uebernahme bereits vorhandener Straßen auf Kosten des Kreisverbandes; ebenso über Anlegung und Unterhaltung von Brücken und Canälen; über die Errichtung von Sparkassen, von Kreisschulanstalten, von Werkhäusern, Waisenhäusern, Armenhäusern, Krankenhäusern, Rettungsanstalten; über sonstige gemeinschaftliche Anordnungen zur Fürsorge für die Armen; darüber, ob und welche bisherige Gemeindelasten in Zukunft ganz oder theilweise von dem Kreisverbande übernommen werden sollen; über die Aufnahme von Anlehen, auf Rechnung des Kreisverbandes; endlich über die Kreisausgaben und Einnahmen, über die zur Deckung der Ausgaben auf die Gemeinden zu machenden Umlagen und über die Vorausbeiträge besonders betheiligter Gemeinden. Die Kreisversammlung setzt ferner die Statuten der von ihr gegründeten Kreisanstalten fest, ernennt und entläßt die Vorstände

---

[1]) Diese Bestimmungen, nach denen die Kreisversammlung im wesentlichen durch eine indirecte Wahl der ganzen im Bezirke ansässigen und mit Staatsbürgerrecht ausgestatteten Bevölkerung gebildet wird, weichen von der ursprünglichen Regierungsvorlage sehr bedeutend ab. Nach dieser sollte die Kreisversammlung vorzugsweise gebildet werden aus Abgeordneten der Gemeinden, gewählt durch einen Wahlkörper, der aus dem Gemeinderath und kleinem Ausschusse, Vertretern der staatsbürgerlichen Einwohner und Colonien, Besitzern und Vertretern der abgesonderten Gemarkungen und Stamm- und Familiengütern, sowie den größeren Grundbesitzern zusammengesetzt sein sollte. Vgl. Weitzel, Das Badische Gesetz über die Organisation der inneren Verwaltung, Karlsruhe 1864. S. 140.

[2]) Man hat also nicht, wie in Baiern durch Gesetz vom 23. Mai 1846 dem Kreisverbande die Befriedigung und Beförderung gewisser Interessen obligatorisch übertragen, und es wird deshalb, wie der Commissionsbericht der Ersten Kammer sich ausdrückt, „wohl manchen Anstoß der Gesetzgebung und der Staatsverwaltung bedürfen, bis sich ein bedeutender Geschäftsbereich der Kreise gebildet haben wird“ und die Kreisversammlung in der ersten Zeit ihres Bestehens vielleicht kein anderes Geschäft haben, als die Liste für die Bezirksräthe aufzustellen. Es bedarf noch der baldigen Erlassung mannichfaltiger und wichtiger Gesetze. Vgl. Weitzel a. a. O. S. 139.

und Verwaltungspfleger dieser Anstalten und erwählt die zur Beaufsichtigung nöthigen Ausschüsse. Sie hat endlich das Recht, Anträge und Beschwerden über solche Angelegenheiten, welche in unmittelbarer Beziehung zu der Aufgabe des Kreisverbandes stehen, an die Staatsregierung oder an die Ständeversammlung zu richten. Die Sitzungen der Kreisversammlung sind öffentlich und finden alljährlich statt, unter einem selbstgewählten Vorsitzenden.

Der Kreisausschuß besteht aus fünf Mitgliedern und zwei Ersatzmännern, die von der Kreisversammlung für die Dauer von drei Jahren aus den am Sitze der Kreisverwaltung oder in der Nähe wohnenden zur Kreisversammlung wählbaren oder in derselben stimmberechtigten Personen gewählt werden. Der Kreisausschuß hat für den Vollzug der Beschlüsse der Kreisversammlung, für die Verwaltung des Kreisvermögens und der Kreisanstalten, soweit nicht Sonderausschüsse aufgestellt sind, außerdem für die Vorbereitung der in der Kreisversammlung zu berathenden Gegenstände, endlich für die Wahrnehmung der Interessen des Kreises während der Zeit, in welcher die Kreisversammlung nicht tagt, zu sorgen.

Das regelmäßige Organ der Staatsregierung, in Bezug auf die der Selbstverwaltung der Kreise überlassenen Angelegenheiten, ist der Verwaltungsbeamte des Bezirks, in welchem die Verwaltung des Kreises ihren Sitz hat (Kreishauptmann). Derselbe ist insbesondere befugt, an den Sitzungen der Kreisversammlungen und Kreisausschüsse theilzunehmen.

Innerhalb des Kreisverbandes können sich zur Förderung gemeinsamer öffentlicher Interessen und Angelegenheiten, die sich nur auf einzelne Gemeinden des Kreisverbandes erstrecken, und nicht als Kreisangelegenheiten behandelt werden, engere Verbände (Bezirksverbände) bilden, welche in einer besonderen Versammlung (Bezirksversammlung) ihre Vertretung finden. Dieser Versammlung stehen hinsichtlich des Bezirks dieselben Befugnisse zu, wie der Kreisversammlung hinsichtlich des Kreises.

6.

Das europäische Völkerrecht.

Von

Prof. Dr. F. v. Holtzendorff
in Berlin.

I. Gegenstand, Geschichte und Quellen des Völkerrechts.

§. 1. Begriff und Inhalt des Völkerrechts. Zu den bedeutendsten Ergebnissen der menschlichen Culturentwickelung gehört unzweifelhaft die Thatsache, daß die Staatsvölker das Bewußtsein einer sie untereinander verbindenden Gemeinschaft der sittlichen und materiellen Interessen nach langen Kämpfen und bitteren Feindseligkeiten gewonnen haben. Ueber die Souveränetät der Staaten, die keiner irdischen Autorität unterworfen, sich selbst das höchste Gesetz ihrer Handlungen vorzeichnen, erhebt sich die erhabenste Vorstellung der Menschheit als einer in ihrer sittlichen Weltbestimmung zusammengehörigen, aber in eigenthümlich angelegten Volkskörpern gegliederten Einheit. Der gegenwärtigen Zeitperiode insbesondere ist es klar geworden, daß das Verhältniß der persönlich freien Individualität des Staatsbürgers gegenüber der Staatsgewalt im großartigen Maßstabe, gleichsam als colossale Vergrößerung sich darstellt in der Beziehung der frei sich in der Geschichte entwickelnden Nationalität zur Menschheit. In der Entfesselung des Individuums von der ungerecht zwingenden Macht nationaler Ausschließlichkeit, in der Anerkennung der Gleichheit aller Individuen auf dem Gebiete des Privatrechts findet die langsam erwachsende Idee der Menschheit ihre grundlegende Vorbedingung. Und umgekehrt ist erst der Gedanke der gemeinsamen Verpflichtung aller Staaten gegeneinander die letzte praktische Garantie der Einzelrechte. Welche Bedeutung hätte das Privatrecht auf der heutigen Entwickelungsstufe des Weltverkehrs, wenn nach der Ueberschreitung der Landesgrenze der Staatsbürger seine Rechtsansprüche von dem Belieben einer auswärtigen Regierung, einer auswärtigen Behörde abhängig machen müßte? Erst in dem Vorhandensein bestimmter, über die Territorialität der für jeden einzelnen Staat ergangenen Gesetzgebung hinausreichender Garantien kann somit die Rechtssphäre der einzelnen Menschen ihren Abschluß und ihre volle Realisation erhalten. Hierin zeigt sich uns der Berührungspunkt zwischen dem Privatrecht, das nur die Beziehungen der Einzelnen unmittelbar ins Auge faßt, und dem Völkerrecht, dessen wissenschaftlicher und praktischer Inhalt gegeben ist an den Grundsätzen und Normen, welche die Rechtspflichten in den Beziehungen unabhängiger Staaten zu einander bestimmen.

Als gegeneinander berechtigte und verpflichtete Subjecte erscheinen somit diejenigen Staaten, denen die Fähigkeit und das Recht eines nach außen selbstständigen Handelns innewohnt. Gegenstand der völkerrechtlichen Verkehrsnormen und der wechselseitigen Verpflichtungen der Nationen sind nicht nur die als gemeinsam erkannten Angelegenheiten der Verkehr pflegenden Staaten als solcher, sondern auch die eigenen Selbstständigkeitsrechte jedes einzelnen, völkerrechtlich anerkannten Staates für sich. Wie die Rechtsordnung des Staates überall dem doppelten Zwecke genügen muß, den einzelnen Staatsbürger zu schützen gegen die Gewaltacte der ihm entgegenstehenden Gesellschaftsinteressen und die Ge-

sammtheit zu vertheidigen gegen die Auflehnung des Einzelnen, ebenso ist die Aufgabe des Völkerrechts: in seinen Satzungen eine Sicherheitsleistung zu bieten gegen die Verletzungen der menschlichen Idee durch die Machtüberschreitungen des staatlichen Eigenwillens und andererseits gegen die Unterdrückung der aus dem Volkswillen hervorgegangenen, mit selbstständigem Leben begabten Staatskörper. Die Grundidee des Völkerrechts ist somit die Verschmelzung und Versöhnung der in den kosmopolitischen Vorstellungen wurzelnden Anforderungen mit dem Gedanken der Nationalität, deren anfangs in der Geschichte gegensätzliches Verhältniß mehr und mehr auszugleichen ist.

§. 2. Der Entwickelungsproceß der Menschheit im Alterthum. Je nach dem Entwickelungsstande der auf das äußere Leben der Staaten und ihren Verkehr mit anderen Völkern bezüglichen Vorstellungen lassen sich gewisse Epochen des Völkerrechts unterscheiden. Kein Staat bestand oder besteht in völliger Isolirung von allen anderen; denn gerade die Thatsache, daß Völker neben- und gegeneinander naturgemäß ihr Dasein zu erhalten suchen, leitet zur Bildung der staatlichen Gesellschafts- und Herrschaftsformen, deren ursprüngliche Grundlage nicht durch ein ethisches Bedürfniß der Einzelnen, sondern durch die Macht der äußeren völkerschaftlichen Bedrohungen geboten wird. Unter der Nachwirkung dieser Thatsache erhält sich lange Zeit hindurch die Empfindung oder die Vorstellung, daß alle menschlichen Lebensinteressen, wie sie gerade geschichtlich gegeben sind: Sprache, Familie, Religion, Sitte, Erwerb und Recht durch nationale Abgeschlossenheit beherrscht werden müssen. In der Wirklichkeit wäre dies aber nur zu erreichen, wenn die Grenzen des Staates entweder durch geographische Configuration oder durch eine künstliche Veranstaltung, wie mittelst der chinesischen Mauer, völlig unzugänglich gemacht werden könnten. Eine zweite Möglichkeit wäre gegeben in der Unterjochung aller nationalen Culturformen durch eine einzige zur Oberherrschaft gelangende Nationalität.

Die alte Welt und noch gegenwärtig mehrere orientalische Staaten fassen das Verhältniß der Völker zu einander unter diesen beiden Gesichtspunkten ausschließlich auf. Sie unterscheiden sich in ihrer welthistorischen Stellung wesentlich dadurch, daß sie entweder den Grundgedanken der nationalen Absperrung durch Fernhaltung des Fremdenverkehrs oder den Grundgedanken der Unterjochung aller durch die Weltherrschaft eines Volkes durchzusetzen suchen. Unter diesem Gesichtspunkte ist abzuschätzen, was die einzelnen Culturvölker: Aegypter, Inder, Chinesen, Juden, Perser, Phönizier, Griechen und Römer, für die allmählige Fortentwickelung der das moderne Völkerrecht vorbereitenden Elemente beigesteuert haben. Daß unter der Voraussetzung einer völligen Absperrung jedes einzelnen Volkes gegen die anderen ein Gesammtentwickelungsproceß der Menschheit nur durch den Krieg eingeleitet werden kann, liegt auf der Hand.

Kriegführung und Eroberung sind deswegen für die antike Welt die nothwendigen Vermittelungen, durch welche die Culturarbeit entweder des Siegers oder des Besiegten einem Aneignungsprocesse außerhalb der nationalen Schranken eröffnet werden kann. Solche Völker, welche von dem Streben nach Weltherrschaft getrieben, einer vermeintlichen oder wirklichen Barbarei mit dem Schwert in der Hand entgegentraten, gehören daher, unter Voraussetzung jener Neigung zu völliger Absperrung der Völker, zu den hochberufenen Trägern der Gesittung; denn keines der menschheitlichen Culturelemente konnte bisher auf den Schlachtfeldern vernichtet werden. Die Verkehrsformen, unter welchen die Nationen der alten Welt in Beziehung zu einander treten, sind daher: Krieg, Colonisation der erobernden Stämme im Gebiete der Unterworfenen, Handel, welcher letztere entweder bei verkehrsfeindlichen Völkern als Tauschhandel an der Grenze (wie bis vor kurzer Zeit zwischen Chinesen auf der einen Seite und den europäischen Nationen andererseits) geübt wird, oder gleichfalls von dem Zwecke einseitiger mercantiler Ausbeutung durch

Monopole, wie bei den Phöniziern, bestimmt wird. Regelmäßige und gleichsam zuständliche Verkehrsbeziehung unter den Völkern der alten Welt blieb indessen der Krieg. Die kosmopolitisch dauernden Endergebnisse der alten Welt sind wesentlich negativer Art, aber deswegen nicht von geringerer Bedeutung: Zerstörung der alten Volksreligionen in Südosteuropa, Vorderasien und Nordafrika durch die griechische Philosophie, Abschwächung der dem Austausch der Ideen entgegenstehenden Hindernisse durch die Einbürgerung der griechischen als einer Verkehrssprache der Gebildeten im Zusammenhange mit griechischer Literatur und Kunst, die Negation des absoluten, ehemals unvermittelten Gegensatzes zwischen nationalem Culturwahn und der Barbarei durch die römische Vorstellung eines jus gentium neben dem jus civile, Abschleifung der Schroffheiten eines das wirthschaftliche Leben hemmenden nationalen Verkehrsrechts durch den Entwickelungsgang der römischen Weltherrschaft und den Sieg des jus gentium über das alte Quiritenrecht.

(**Literatur:** Das Hauptwerk ist, seit 1850 erscheinend: Laurent, Études sur l'histoire de l'humanité, von welchem gegenwärtig 14 Bände erschienen sind. Die ersten Bände haben auch den zu engen Titel: Histoire du droit des gens et des relations internationales; Band I handelt vom Orient, die beiden folgenden von Griechenland und Rom; Band IV von den Anfängen des Christenthums. — Außerdem: Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Alterthum, 1848. — Rob. Ward, Inquiry into the foundation and history of the law of nations in Europe from the time of the Greeks and Romans to the age of Grotius, London 1795.)

§. 3. Das Mittelalter. Aus den Trümmern der römischen Macht erhob sich das Mittelalter anscheinend in einem Nothbau. Sein Charakter wird in der Regel bezeichnet durch die Zusammenfassung der am tiefsten in das Leben der Völker eingreifenden Mächte jener Periode: der christlichen und germanischen. Als äußerlich abgeschlossene Institutionen erscheinen diese Kräfte in der katholischen Kirche und im Lehnswesen.

Völlig verschieden von den Volksreligionen der alten Welt offenbaren sich die auf dem Ländergebiet der römischen Herrschaft entstehenden großen Weltreligionen mit der Verheißung oder dem Beruf der universellen Geltung, das Christenthum und der Islam: Gegensätze, durch welche der noch in der heutigen Zeit nicht völlig überwundene, Recht und Lebenssitte trennende Widerspruch des Occidents und des Orients geschaffen wird. Innerhalb dieser einander bekämpfenden, durch religiöse Beweggründe erregten Mächte besteht auf beiden Seiten eine nebeneinander waltende Mehrheit der Staaten. Die Fortbildung des europäischen Völkerrechts schließt sich nothwendig an an das schließlich im Kampfe gegen den Islam behauptete oder wiedergewonnene Ländergebiet „der Christenheit". Die Keime einer positiv gemeinsamen Cultur der christlichen Staatenwelt, aus welcher sich ein gemeinsames sittliches Bewußtsein der Völker entfalten kann, liegen in der gleichmäßigen Ausbildung eines religiösen Dogmas und einer alle Staaten durchdringenden Kirchengewalt. Aber auch die Macht des Widerstrebens gegen die katholische Hierarchie ist gegeben in der über West-, Mittel- und Südeuropa sich erstreckenden Zersplitterung des Lehnswesens. Den Staat zertheilend und in der berechtigten Fehde wiederum eine Formel ewigen Bürgerkrieges aufstellend, wirkt es verwüstender als der nationale Krieg der antiken Welt. Der vererbte Grundgedanke der römischen Universalherrschaft sondert die gesammte Völkermasse des Mittelalters in die Gegensätze der geistlichen und weltlichen Oberherrschaft, Papstthum und Kaiserthum, welche beide nach der völkerrechtlichen Seite das gemeinsam haben, daß in ihren Ansprüchen die nationale Selbstständigkeit der Völker verleugnet wird. Die geistigen wie die weltlichen Herrschaftsanstalten, Kirche und Lehnswesen, treten überdies in grundsätzlichen Widerspruch gegen die wirthschaftlichen Entwickelungsgesetze des Volkslebens, vornehmlich den

Handel; jene durch Ascetik, Mönchswesen, Weltflucht, Zinsverbote und Besitzanhäufung zur todten Hand, dieses, indem es die Früchte bürgerlichen Gewerbefleißes als Gegenstand eines erlaubten Raubes betrachtet oder den Handel seine Duldung erkaufen läßt. Kirchenväter und Ritterbürtige begegnen sich in der Verachtung oder doch Geringschätzung des Handels. Dennoch werden im Mittelalter selbst trotz dieser gewaltigen Feindschaften die Fundamente unseres modernen Handelsrechts gelegt, auf welchen sich nach und nach eine festere Rechtsordnung für den internationalen Güterverkehr aufbaut. Der Seehandel erweitert, über das alte mittelländische Küstengebiet hinausgehend, seine Grenzen im Norden und Nordosten Europa's. Wie die Kreuzzüge den nachhaltig wirkenden Anstoß zur Gründung der genuesischen und venezianischen Handelsemporien, zur Blüthe der italienischen Städterepubliken, zur Gründung der Consulate, zur Belebung der großen Meß- und Handelsplätze, zur Einrichtung des Wechselverkehrs geboten, so entfaltet sich auch in den nordischen Meeren die kriegerische Macht der in der Hansa verbündeten Seehandelsinteressen. Dieser Großhandel der Seestädte macht sich selbst ritterbürtig. Er erzwingt sich seine Straßen mit bewaffneter Hand, der Landfehde wird die Kaperei und der Seekrieg nachgebildet. Ritterlicher Kriegsgebrauch und seerechtlicher Verkehrsgebrauch entwickeln sich nebeneinander. Als wenn natürliche Bedürfnisse des menschlichen Lebens durch zeitweilige Unterdrückung nur gestärkt würden, erhebt sich die Macht des europäischen Handels über alle ihm in den Weg gelegten Beschränkungen, indem er sich am Schlusse des Mittelalters als eine junge Culturmacht neben der verfallenden Kirche und dem untergehenden Lehnswesen in die nächstfolgende Periode fortpflanzt. Daß die christlich germanische Epoche zu Ende gegangen, erweist die letzte nicht mehr abzuwendende Eroberung des Islam in Constantinopel, durch welche die Barbarei sich zwar der althellenischen Culturstätten bemächtigt, aber in der Vertreibung griechischer Gelehrsamkeit eine in der Heimath todte Sprachkunde gerade im Exil zur Wiederbelebung der classischen Cultur im Abendlande anregt.

§. 4. Das Reformationszeitalter. Die Ereignisse, von denen die neuere Zeit ihren Anfangspunkt datirt, eröffnen auch nothwendigerweise den auf den Völkerverkehr gerichteten Rechtsanschauungen eine neue Entwickelungsbahn. Alle Culturelemente der alten Welt, soweit sie überhaupt brauchbar sein konnten, brechen gegen den Schluß des Mittelalters aus der sie anfangs überdeckenden Schichtung der lehnsrechtlichen oder kirchlichen Gesellschaftsbildung hervor: die Reception des römischen Privatrechts in der romanischen, germanischen und theilweise sogar slavischen Völkergruppe, so daß es auf einem gegen das Alterthum erweiterten Gebiete Geltung gewinnt; die classischen Studien der griechischen Welt in einer wunderbaren Gleichzeitigkeit mit der Erfindung eines technischen Mittels, das die Ausdehnung der gelehrten Arbeiten, die Verbreitung des Humanismus und der wissenschaftlichen Forschung, die ohnedies durch den Gebrauch des Lateinischen als einer Staats- und Kirchensprache begünstigt war, ganz allgemein ermöglicht. Hieran schließt sich die Erneuerung des religiösen Lebens durch die Reformation, die ein für das moderne Völkerrecht grundlegendes Ereigniß deswegen werden mußte, weil jede Erweiterung der individuellen, in der Persönlichkeit ruhenden Rechte, also auch die Gewissensfreiheit, ein kosmopolitisches Princip enthüllt und außerdem auch für die katholische Welt die Unabhängigkeit des Staates von der Kirche anbahnt. Mit der geistigen Welt erweitert sich auch der geographische Gesichtskreis. Der Seeweg nach Ostindien, das östliche Gestade des atlantischen Oceans wird aufgefunden, der Seehandel zu weiteren Zielen und größeren Anstrengungen angereizt. In der Zufuhr der Erzeugnisse entlegener Welttheile erwacht eine Reihe neuer Lebensbedürfnisse, womit eine nicht zu unterschätzende Gleichartigkeit in dem Gebrauch der Nahrungs- und Genußmittel begründet wird. In

dieser an gewaltigen Ereignissen reichen Periode erkämpft sich der moderne, auf sich selbst ruhende Staat sein selbstständiges Dasein gegenüber den kirchlich dogmatischen und ständisch feudalen Anschauungen. Mit dem Papstthume verfällt auch die an das Kaiserthum im römischen Reiche geknüpfte Vorstellung der weltlichen Universalmonarchie. Wie hinter einer langsam fallenden Hülle erscheint in monumentaler Größe die neuere Zeit, nur daß ihr Sockel und ihre Fundamente noch verdeckt bleiben. Unter solchen Anregungen gestalten sich auch neue Grundbegriffe vom Staate, in dessen Zwecken die Politik ein deutlicher erkennbares Object gewinnt. In diese Periode fallen die Anfänge einer auf veränderten Grundlagen aufgebauten Theorie der Völkerbeziehungen, welche unter dem Titel fürstlicher Rechtsansprüche erörtert werden. Der Spanier Victoria (1480—1546) schreibt seine Relectiones theologicae de Jure belli (zuerst gedruckt 1557), um die Prätensionen auf den Besitz der neuen Welt zu prüfen. Die Berechtigung zur Kriegführung wird untersucht und den Vasallen abgesprochen, der grundlose Krieg verworfen. Ein anderer Spanier Dominicus Sota (1494—1560) prüft in seiner Schrift: De Justitia et Jure die Rechtswirkungen des Krieges auf den Zustand besiegter Völkerschaften, um zu bestimmten Schlußfolgerungen über die Zulässigkeit der neu entstandenen Negersclaverei zu gelangen. Mit demselben Gegenstande befaßt sich sein Landsmann Franciscus Suarez (1548—1617) in der Schrift: De Legibus ac Deo legislatore. Alle drei Schriftsteller, Theologen von Beruf, zeigen eine für die gegenwärtige Zeit wunderbare, für Spanien fast unbegreifliche Unabhängigkeit des Urtheils. Ein Vierter, Balthasar Ayala (1548—1584), Großrichter der spanischen Armee in den Niederlanden, knüpft in seiner Schrift: De Jure et officiis belli an das altrömische Recht der Fecialen an. Das Recht der Sclaverei, als Folge der Kriegsgefangenschaft bei Christen verworfen, wird an heidnischen oder ungläubigen Gefangenen aufrechterhalten; gleichzeitig ein in der gesammten Staatspraxis nichtig gewordener und späterhin vielfach bestrittener Unterschied angenommen zwischen äußeren Feinden und Insurgenten: ein Thema, welches seinen nächsten und bedeutendsten Anlaß in dem Unabhängigkeitskampfe der Niederlande gefunden. Gegen diese Schriftsteller der katholisch spanischen Monarchie erheben sich andere, welche vom reformatorischen Geiste erfüllt sind, vor allem und zuerst Albericus Gentilis (1551—1611). Als Anhänger der protestantischen Lehre aus Italien flüchtig, behandelt er gleichfalls das Kriegsrecht (de jure belli, 1589) in einer dem Grafen Essex gewidmeten Schrift und außerdem das Gesandtschaftswesen (de legationibus, 1583), worüber bereits früher ein Deutscher, Conrad Brunus, im Jahre 1548 eine Schrift herausgegeben hatte. Aus der Erwähnung dieser Arbeiten und der näheren Betrachtung ihres Inhaltes ergibt sich: daß diese literarische Richtung durch große politische Ereignisse hervorgerufen worden war und den praktischen Staatsinteressen, die weder durch kanonisches noch durch römisches Recht beherrscht werden konnten, zu dienen bestimmt war: die Entdeckung neuer Welttheile und das Recht ihrer Besitznahme, die Kriegsbefugniß des Staates im Gegensatz zu dem Lehnswesen, das Aufkommen der ständigen Gesandtschaften seit dem Ende des 15. Jahrhunderts. Schon sehen wir festen Boden in der Uebereinstimmung gewisser Grundüberzeugungen: Beschränkung des Kriegsführungsrechtes auf die Inhaber der Staatsgewalt (und damit Aberkennung des mittelalterlichen Fehderechts), der Schutz der ständigen Gesandtschaften.

(**Literatur.** Ueber die Literatur dieser Periode: von Kaltenborn, Die Vorläufer des Grotius auf dem Gebiete des jus naturae et gentium, sowie der Politik im Reformationszeitalter, 1848. — Thiercelin, Les précurseurs de Grotius in der Revue de législation, 1859. — Reiger, Commentatio de Alberico Gentili ad condendam juris gentium disciplinam viam praeeunte, 1867. — H. Wheaton, Histoire des progrès du droit des gens en Europe et Amérique, Bd. I, S. 32 ff. — Cauchy, Le droit maritime international, Bd. II, S. 11 ff.)

§. 5. **Der westphälische Friede.** Die Gegensätze, welche die Reformation hervorgerufen hatte, fanden einen wenigstens vorläufigen Abschluß in dem Westphälischen Frieden, welcher den dreißigjährigen Krieg beendete. Zum erstenmale wurde unter Theilnahme der großen mitteleuropäischen Mächte eine territoriale, auf gemeinsamer Anerkennung beruhende Grundlage zur Neuordnung der Staatenbeziehungen geschaffen. Waren die Elemente des Widerspruchs und der Eifersucht auch nicht getilgt, sondern vielmehr nur in ihrer Kampfbereitschaft abgeschwächt und erschöpft worden, so enthielt der westphälische Friedensschluß doch das grundsätzlich wichtige, auch durch den Protest des Papstes nicht entwerthete Anerkenntniß, daß katholische und protestantische Staaten sich als gleichberechtigt nebeneinander zu betrachten haben und die religiöse Spaltung an sich den friedlichen Verkehr der Staaten nicht hindern solle. Mitten im Getümmel des dreißigjährigen Krieges erschien das erste wissenschaftliche System des Völkerrechts, geschaffen durch einen Juristen des damals freiesten Staatswesens: ein Werk der Gefangenschaft. Hugo Grotius, der Schöpfer des Natur- und Völkerrechts, ließ sein Buch: De jure belli et pacis, von welchem etwa 200 verschiedene Ausgaben im Laufe der Zeit veranstaltet worden sind, 1625 erscheinen, nachdem er zuvor zwei, dem Gegenstande nach verwandte Schriften: „Mare liberum“ und „De jure praedae“, verfaßt, von denen das letztere erst neuerdings in Holland herausgegeben worden ist. Auf allen Gebieten des historischen Wissens und der politischen Erfahrung zu Hause, von religiösen Interessen erfüllt und mit den nationalökonomischen Problemen vertraut, einem Staate angehörig, der damals die Grundsätze des freien Verkehrs verfocht und die Rechte der Fremden fast ausschließlich in Europa gelten ließ, stand Hugo Grotius auf jener erhabensten Höhe des Gedankens, von welchem er, alle Bildungselemente der alten und neueren Zeit in sich vereinigend, ein Genossenschaftsrecht der europäischen Staaten zu entwerfen vermochte. Er unterschied und vereinigte je nach dem Zwecke seiner Darstellung: ein allgemein vernünftiges Princip als die Grundlage des natürlichen (oder späterhin „philosophisch“ genannten) und die thatsächliche Uebereinstimmung der Nationen als die Grundlage eines positiv praktischen Völkerrechts. Seine Darstellung ruht also auf jenem doppelten Pfeiler des historischen Wissens und der Speculation, gleich einem kühn gespannten, in festem Schluß gewölbten Brückenbogen. In der sehr nahe aneinander gerückten Jahreszahl, in welchem das Grotius'sche Werk erschien, und derjenigen des westphälischen Friedens offenbarte sich wiederum die enge, literarhistorisch stets festzuhaltende Zusammengehörigkeit der völkerrechtlichen Gedankenthätigkeit und der großen Staatsactionen.

(**Literatur.** Ueber den westphälischen Frieden: J. N. Pütter, Geist des westphälischen Friedens, 1795. — J. G. Meyern, Acta Pacis Westphalicae publica oder westphälische Friedensverhandlungen, 1734—36. — Ueber Grotius, welcher 1583 zu Delfft geboren war und 1645 in Rostock starb, s. Luden, Hugo Grotius, nach seinen Schicksalen und Schriften dargestellt, 1806. — H. Marquardsen, in Rotteck und Welcker Staatslexicon, 3. Aufl. Bd. 7. — Ahrens, in Bluntschli und Brater Staatswörterbuch. — O. van Rees, Oorsprong en Karakter der Nederlandsche Nijverheidspolitiek der seventiende eeuw, Utrecht 1865, I. Th. S. 304. — Die neueste französische Uebersetzung seines Buches besorgte Pradier-Fodéré, die neueste deutsche Kirchmann, 1869.)

§. 6. **Die Völkerrechtsentwickelung bis zum Utrechter Frieden.** In der geschichtlichen Entwickelung des Völkerrechts wird ein weiterer Abschnitt durch den Utrechter Frieden gebildet. Nachdem Frankreich an Stelle der habsburgisch-spanischen Monarchie die Uebermacht in Europa durch seine von Richelieu und Mazarin geleitete Politik gewonnen hatte, und zur leitenden Stellung emporgestiegen war, vereinigten sich die Interessen des europäischen Gleichgewichts in den Allianzen, deren diplomatischer Mittelpunkt im Haag lag. Die Staatsinteressen dieser Periode sind kaum andere, als

fürstliche Erbfolgestreitigkeiten und Erweiterungen des territorialen Besitzes. Es verschärft sich dazu der Gegensatz der Völker untereinander durch die Schroffheit des wirthschaftlich zur Herrschaft gelangenden Mercantilsystems, der in großen Handelsgesellschaften sich verkörpernden Monopole des überseeischen Handels und der mit einer eifersüchtigen Handelspolitik zusammenhängenden Bestrebungen, sich den Vorrang zur See zu sichern. Ausdruck dessen ist die englische Navigationsacte und die französische Ordonnance sur la marine, wohingegen die holländische Politik zur See sich zum Anwalt des mißgünstig behandelten Verkehrs der neutralen Staaten macht. Gegen das mare liberum des Grotius hatte dreißig Jahre später noch der Engländer Selden in seinem mare clausum Seeherrschaftsansprüche vertheidigt und die Praxis auch festgehalten. Die großen Streitfragen der Blockade, der Contrebande, des Convoiirungsrechtes gewannen in dieser Periode eine früher kaum geahnte Bedeutung und lassen mehr und mehr erkennen, daß mit der Methode des römischen Civilrechts die großen Staatshändel nicht entschieden werden können. Aus diesem Zwiespalt zwischen den Ansichten über Seeherrschaft und der Berechtigung des neutralen Handels ergab sich aber immer klarer die Ueberzeugung, daß gerade in der Unmöglichkeit der Localisirung der Wirkungen des Krieges innerhalb des Landgebietes der kriegführenden Staaten die rechtliche Zusammengehörigkeit der Culturvölker trotz jener absperrenden Politik der Cabinete dargethan war. Der Friede von Utrecht befestigt von neuem die Grundgedanken eines gemeinsamen Widerstandes gegen den Versuch, eine europäische Uebermacht zu bilden. Weder Oesterreich noch Frankreich erhalten die spanische Krone. Zwar fällt dieselbe einem Bourbon zu; die Trennung der beiden westeuropäischen Continentalmonarchien wird indessen stipulirt. Wie der westphälische Friede das Unabhängigkeitsrecht der Niederlande gegen Spanien anerkennt, so drückt der Utrechter Friede das Siegel auf die englische Revolution und das Schicksal der Stuarts.

Gleichsam durch ein inneres Gesetz gegen die territorialistische Politik der fürstlichen Cabinette rückwirkend, neigt die Literatur dieser auf Grotius folgenden Periode dahin, die naturrechtlich vernünftige, also kosmopolitische Seite des Völkerrechts stärker zu betonen, um das Band des Gemeinsamen vor Zerstörung zu wahren. Noch einmal ist an dieser Stelle Samuel von Pufendorff zu nennen, desgleichen Leibniz; aber auch dem Staatenrecht fehlt es nicht an Vertheidigern, welche die Mißbräuche und Ausschreitungen auf Kosten der Nachbarn durch einseitige Berufung auf die Souveränetätsrechte zu rechtfertigen suchen. Als den ausgezeichnetsten Schriftsteller dieser zweiten Richtung darf man den Holländer Cornelius van Bynkershoek (geb. 1673, gest. 1743) betrachten. Sein Werk: De dominio maris erschien 1703, dazu traten die Arbeiten: De foro legatorum 1721 und die Quaestiones juris publici 1737. Auch Barbeyrac, der Commentator des Grotius, gehört dieser Periode an (1674—1744). Seine erste Arbeit ist eine 1706 erschienene französische Uebersetzung und Erklärung des Pufendorff'schen Naturrechts. Obgleich der Utrechter Friedensschluß noch in lateinischer Sprache gefaßt ist und die gelehrte Literatur an der alten Tradition festhielt, zeigt diese Thatsache doch den zunehmenden Einfluß der durch die Macht des französischen Geistes seit Ludwig XIV. steigenden Verbreitung der französischen Sprache, welche in der Mitte des 18. Jahrhunderts eine linguistische Hegemonie gewinnt und den Gebrauch der lateinischen mehr und mehr verdrängt.

(**Literatur.** Ueber die Geschichte des Völkerrechts in dieser Periode und die Folgezeit siehe: Bluntschli, Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik, 1864. — van Hogendorp, Commentatio de juris gentium studio in patria nostra post Hugonem Grotium, Amstelodami 1856. — Wheaton, Histoire des Progrès du droit des gens en Europe et en Amérique, 3. ed. Leipzig 1853).

§. 7. Das achtzehnte Jahrhundert. Zur Aufrechterhaltung des europäischen Gleichgewichts geschlossen, bildet der Utrechter Friede bis zur französischen Revolution die

wichtigste Grundlage der Staatenbeziehungen. Dennoch stellt sich immer deutlicher heraus, daß die territoriale Ordnung Europas auf die Dauer nicht in vertragsmäßige Schranken gebannt werden kann. Die Subjecte des Völkerrechts bleiben in fortwährend sich ändernder Umgestaltung ihres räumlichen Körpers. Spanien und Schweden verlieren ihren Vorrang, die holländischen Generalstaaten ihre ehemals leitende Diplomatie. Während Frankreich und Oesterreich sich mehr als früher die Wagschale halten, bilden sich an den Ostmarken der mitteleuropäischen Cultur, anfangs wenig beachtet, zwei Mächte ersten Ranges: Preußen und Rußland. Die wichtigste Veränderung dieser Epoche besteht indessen in der Aneignung der Seeherrschaft durch England, das sich einen ungeheuren Colonialbesitz theils durch Ansiedelung, theils durch Eroberung verschafft und damit in einen Gegensatz tritt gegen alle anderen seefahrenden Nationen. Der Handel der Neutralen zu Kriegszeiten wird unter stetiger Zunahme der transatlantischen Verkehrsbeziehungen zum Hauptinteresse des allgemeinen Völkerrechts, damit zusammenhängend die rechtliche Gestaltung der Verkehrsbeziehungen der Colonien zu dritten Staaten. Schon im Utrechter Frieden hatte England werthvolle Abtretungen von Frankreich und Spanien erhalten, durch den Assientovertrag sogar ein Monopol des Negerhandels in den spanischen Colonien Amerika's erworben.

Unter den Friedensschlüssen dieser Periode sind von europäischer Bedeutung: der Nystädter Frieden (10. September 1721), durch welchen der Nordische Krieg beendet ward, in dessen Verlauf eine größere Zahl ost- und nordeuropäischer Staaten verwickelt gewesen war; der Friede von Paris (10. Februar 1763) zwischen England, Frankreich und Spanien und Hubertusburg (15. Februar 1763) zwischen Preußen, Oesterreich und Sachsen; beide ihrem Grunde und Anlaß nach zusammenhängend. Während für Preußen nur die Beibehaltung des durch den schlesischen Krieg erworbenen Länderzuwachses festgesetzt ward, erhielt England zu Paris die Auslieferung der französisch-amerikanischen Colonien. Auch in den siebenjährigen Krieg waren der Reihe nach die meisten europäischen Mächte verwickelt gewesen; außer den bei den beiden Friedensschlüssen bereits erwähnten Staaten auch Schweden und Rußland, die schon vorher mit Preußen sich auseinandergesetzt hatten. Bald darauf verschwand das Königreich Polen von der Landkarte, dessen drei Theilungen (1772, 1793, 1795) einen Vorgang bilden, der zwar nicht ohne Beispiel war, da auch Straßburg mitten im Frieden von Frankreich 1681 weggenommen worden war, aber dennoch die schwerste Verleugnung des Völkerrechts darstellte und noch 1846 in der vertragswidrigen Wegnahme von Krakau durch Oesterreich ein Nachspiel fand, endlich der Friede von Versailles (1783) zwischen Frankreich, England, Spanien, Holland und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, durch deren Anerkennung als selbstständige Macht zweihundert Jahre nach dem Unabhängigkeitskampfe der Niederlande wiederum eine erfolgreiche, für die Folgezeit unberechenbare Staatsbildung constatirt ward. Wenige Jahre später (1785) ward zwischen den Vereinigten Staaten und Preußen ein Vertrag geschlossen, der zwar keine unmittelbar praktische Bedeutung gewann, aber durch seine Bestimmungen über Kriegführung zur See und die Wirkungen des Kriegsausbruches auf die handeltreibenden Unterthanen der beiden betheiligten Staaten von hoher ideeller Bedeutung als Präcedenzfall geworden ist. Von ähnlichen Bestrebungen war die bewaffnete Neutralität erfüllt, welche 1780 unter dem Vorgange Rußlands gegen die Anmaßungen der englischen Seeherrschaft eine Vereinigung der Continentalmächte zu Stande brachte und die Interessen des neutralen Handels zu Kriegszeiten zu wahren suchte, woran sich im Jahre 1800 zu gleichem Zwecke die zweite bewaffnete Neutralität der das Ostseebecken umgebenden Staaten schloß.

Die theoretischen Grundanschauungen des Völkerrechts in der Literatur blieben im wesentlichen unverändert. Einerseits hielt man sich mit Vorliebe an die naturrechtliche Betrachtung, deren Zusammenhang mit dem Völkerrecht durch die Titel zahlreicher Schriften auch äußerlich dargelegt wurde. Andererseits führte der unleugbare Widerspruch zwischen den Vernunftforderungen des Naturrechts und der wirklich bestehenden Staatspraxis dahin, daß die Wirksamkeit der sittlichen Idee in der Bildung des Völkerrechts oder gar das Vorhandensein verpflichtender Rechtsnormen überhaupt verleugnet und alles auf das Recht des Stärkeren begründet ward. Zur ersteren Richtung, die sich an die Leibnitz-Wolff'sche Philosophie anlehnt, zählt das noch in der Gegenwart gebrauchte Werk des Schweizers Vattel: Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, 1758, wovon noch 1863 eine neue, von Pradier-Fodéré besorgte Ausgabe in Paris erschien. Auch darf daran erinnert werden, daß im Beginn dieser Periode, gleich nach dem Utrechter Frieden der Abbé von St. Pierre (Projet de paix perpétuelle) zuerst den Gedanken des ewigen Völkerfriedens ausführlicher entwickelte, auf welchen Kant späterhin einging. Zur zweiten Richtung zählt als hervorragendster Vertreter, den man sogar als ihren Stifter betrachtet hat, J. J. Moser in seinen Werken: Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts, 1778—1780, und Beiträge zu dem europäischen Völkerrechte in Friedenszeiten. Im Zusammenhang mit dieser der Staatspraxis zugewendeten, nur die Thatsachen des jeweiligen Augenblickes oder das in Präcedenzfällen ausgedrückte Herkommen beachtenden Auffassung stehen auch die Vertragssammlungen, in denen das urkundliche Material der europäischen Diplomatie aufgespeichert ward, und jedenfalls der Grund lag, weswegen sich die äußeren technischen Formen des gesandtschaftlichen Verkehrs mehr und mehr befestigten.

(Literatur. 1) Vertragssammlungen: Leibnitz hatte seinen codex juris gentium diplomaticus schon 1693 herausgegeben. Hieran schloß sich die lange Zeit hindurch berühmte, von Dumont herausgegebene Sammlung: Corps universel et diplomatique du droit des gens (Amsterdam und Haag 1739) und im Beginn des Revolutionszeitalters F. A. W. Wenck, Codex juris gentium recentissimi (Leipzig 1781—1788), welcher, als eine Fortsetzung von Dumont, die Periode von 1735—1772 enthält; endlich, von 1761 beginnend, das in verschiedenen Fortsetzungen auf die neueste Zeit reichende Werk von Martens: Recueil des principaux traités d'alliance de paix, de trève, de neutralité, de commerce, de limites, d'échanges etc., Göttingen 1791, woraus ein kurzer, siebenbändiger Auszug, bis zum Jahre 1856 reichend, unter dem Titel: Recueil manuel et pratique de traités et conventions et autres actes diplomatiques von Ch. de Martens et de Cussy in Leipzig für den Handgebrauch publicirt ward. Der letzte Band des größeren Werkes: „Nouveau Recueil de traités", herausgegeben von G. Fr. de Martens und Ch. Sannoer, Göttingen 1869, schließt mit dem dänischen Frieden vom 30. October 1864. Durch diese Erwähnung hervorgerufen, mag hier endlich die Bemerkung ihren Platz finden, daß die zur Völkerrechtspraxis der Gegenwart dienenden Urkunden in zwei allgemeinen Sammlungen niedergelegt werden: in dem von Aegidi und Klauhold seit 1861 herausgegebenen Staatsarchiv (einfacher Text in drei Originalsprachen) und in den Archives diplomatiques (nur in französischer Sprache, aber mit einleitenden Uebersichten). — 2) Ueber die seerechtlichen Streitigkeiten dieser Periode: Sirtema van Grovestins, Histoire des luttes et rivalités politiques entre les puissances maritimes et la France, Paris 1851—1854. — Hautefeuille, Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international, 2 ed. 1869.)

§. 8. Die französische Revolution. In der Ländergier der absoluten Monarchie und ihrer nur auf Territorialerwerb bedachten Politik, in dem steten durch die Interessen des Augenblickes bestimmten Wechsel der Allianceu war der Grundgedanke, der in den Völkern die Subjecte des staatlichen Lebens erblickte, abhanden gekommen. Sobald daher in der französischen Revolution die politischen Rechte des Volkes und der persönlichen Freiheit zurückgefordert wurden und das Königthum der republikanischen Bewegung erlag, war eine durch die Herrschaft des französischen Geistes in ganz Europa vorbereitete

Bewegung und als Rückschlag eine gemeinsame Verbindung der europäischen Cabinette unvermeidlich. Neben ihrer entschiedenen Angriffsstellung gegen die Mißgestalt des französischen Feudalismus und der französischen Staatsverwaltung war die französische Revolution anfangs von den höchsten kosmopolitischen Ideen bestimmt: von der Würde der persönlichen Freiheit im Staate, von der Unzulässigkeit der Sclaverei, von der Unabhängigkeit der Gewissen, welche damals in den freiesten Staaten noch mannichfach beschränkt und in Deutschland nur den Reichsständen in Beziehung auf bestimmt berechtigte Bekenntnisse gewährleistet war. Hierin liegt die völkerrechtliche Bedeutung der französischen Revolution; sie erweitert, indem sie staatsbürgerliche Gleichheit vor dem Gesetz verkündet, die individuellen Rechte der Person aus dem Gesichtspunkt des allgemein Menschlichen. Von allen Seiten angegriffen, wird die französische Republik von Sieg zu Sieg fortgerissen, ihre eigenen Grundsätze gegen die Unabhängigkeit der Nachbarstaaten zu kehren, aus der kosmopolitischen Freiheit den kosmopolitischen Cäsarismus hervorgehen zu lassen. An eine europäische Universalmonarchie nahe heranstreifend, verschenkt das französische Kaiserthum ehemals souveräne Staaten wie Grundbesitz und Dotationen. Das deutsche Reich geht völlig aus den bereits zum äußersten gelockerten Fugen; ein Federstrich des Imperators fegt Länder von der Karte. Die Maßlosigkeiten einer alle Völker des Continents ausplündernden Kriegführung gipfeln in dem Gegensatze der englischen Blockade und der Napoleonischen Continentalsperre. In ganz Europa anfangs triumphirend, verlieren Frankreich und die ihm verbündeten oder unterworfenen Staaten ihren Colonialbesitz an die Engländer; Begriff und Recht der Neutralität scheinen in diesem ungeheuer gespannten Gegensatze unterzugehen, alle Fragen und Interessen in die doppelte Suprematie einer Land- und einer sie bekämpfenden Seemacht aufgelöst zu werden. Endlich wendet sich das Kriegsglück. Zweimal ziehen die verbündeten Heere in Paris ein. Auf dem Wiener Congreß wird unter Theilnahme sämmtlicher christlicher Mächte das mühsame Werk der territorialen Reconstruction der europäischen Staatenwelt begonnen, und in der Wiener Congreßacte zum Abschluß gebracht (9. Juni 1815).

Gegenüber der französischen Revolution bedeutet die Wiener Congreßacte Restauration der alten Grenzen von 1792 und der alten Dynastien unter gemeinsamer Achterklärung gegen die Familie Bonaparte. England bleibt mit der Mehrzahl fremder überseeischer Besitzungen bereichert. Spanien erhält seine alten Grenzen. Im übrigen werden Länder nach Willkür und Gunst, ohne jede Beachtung natürlicher Zusammengehörigkeit, vertheilt. In Italien, Deutschland, Polen, Norwegen, in den Niederlanden werden Trennungen und Zusammenlegungen aus keinem anderen Grunde beliebt, als der Laune des Siegers. Am schlechtesten geht Deutschland und insbesondere wiederum Preußen aus den Theilungsverhandlungen und dem bunten Spiele der Diplomatie hervor; ein Nothbehelf des dringenden Augenblicks, entsteht der Deutsche Bund, dessen Verfassung gleichsam unter die Vormundschaft der außerdeutschen Congreßmächte gestellt wird. Nur in wenigen Punkten zeigen die Abmachungen des Wiener Congresses die Nachwirkungen der französischen Revolution: der Negerhandel wird verboten, und in ihm das Princip der Negersclaverei verurtheilt; die Schiffahrt auf den Stromläufen der mehrere Staaten durchschneidenden Flüsse frei erklärt. Die schwächeren Staaten, wie Krakau und die Schweiz, erhalten eine Garantie ihrer Neutralität.

(**Literatur** dieser Periode: Ueber die Napoleonische Periode: Kluit W. J. Santijn. Geschiedeniss en invloed van het continental stelsell op den staatkundigen en maatschappelijken toestand van Europa, Amsterdam 1863. — Marc Dufraisse, Histoire du droit de guerre et de paix 1789—1815, Paris 1868 (2. éd.) — Klüber, Acten des Wiener Congresses, 1819. — Koch, Abrégé de l'histoire des traités de paix entre les puissances de l'Europe depuis la paix de Westphalie. Augmenté et continué jusqu'au con-

grès de Vienne et aux traités de Paris 1817. — System: Klüber, Droit des gens moderne de l'Europe 1819 (1851 deutsch herausgegeben von Morstadt). G. Schmalz, Europäisches Völkerrecht, 1817.)

§. 9. Der Wiener Congreß und die Interventionen. Die Stipulationen des Wiener Congresses fanden ihre Stärke an dem engeren Bündnisse der drei großen Continentalmächte, dessen Spitze sich gegen Frankreich und die etwa zu Gunsten der Freiheit zu besorgenden Bewegungen der europäischen Völker richtete. Unter dem Schutze der „heiligen Allianz" und der ihr anfangs befreundeten Politik Englands stehend, schien der in der Wiener Congreßacte vereinbarte Zustand der europäischen Staatengesellschaft für längere Zeit Dauer zu versprechen. Die wissenschaftliche Behandlung des Völkerrechts verblieb lange Zeit hindurch unter dem Eindruck, als ob das öffentliche Recht Europas nur durch absolute Festhaltung des 1815 getroffenen Abkommens gesichert werden könne. Fast gewann es den Anschein, als ob man an einen juristischen Abschluß der Weltgeschichte glaubte; alle Dinge sollten ihren Maßstab an dem Wortlaut der Verträge finden; die fünf Großmächte als europäische Behörde, als Schiedsrichter über die etwaigen Störungen der Ruhe und des s. g. Gleichgewichts anerkannt werden. Eine jeder freieren Regung feindselige Interventionspolitik lehnte sich, unter Berufung auf den europäischen Frieden, an die dynastischen Interessen der absolut regierenden Fürsten. Gerade darin aber zeigt sich im Grunde das Wachsthum der Völkergemeinschaft und des sie durchdringenden Bewußtseins, daß die Verfassungsfragen und Regierungsprincipien des einen Staates bereits allgemein als einwirkend auf den Lebensproceß der anderen Staaten empfunden und, gleichviel ob gefürchtet oder gewünscht, jedenfalls erkannt werden. Jener Interventionspolitik, welche die Völker Europas unter eine polizeiliche Aufsicht der Congresse zu stellen suchte, entsprang nothwendigerweise der trotz aller anfänglichen Niederlagen sich lebendiger entfaltende Sinn der Nationalität und das Nationalitätsprincip, welches mit der natürlichen Zusammengehörigkeit der den Staat bildenden Volkselemente die Unabhängigkeit des inneren Verfassungslebens und die Freiheit der geschichtlichen Entwickelung der aus dem Volkswillen hervorgegangenen Staatsinstitutionen verlangt: Ideen, welche anfangs nur eine standrechtliche oder criminalpolizeiliche Widerlegung erhalten, und von den Systematikern der Völkerrechtsliteratur kaum der Erwähnung werth befunden werden.

Schon in dem Tractat von Chaumont (1. August 1814) hatten übrigens die vier gegen Frankreich verbündeten Hauptmächte sich für die Dauer von zwanzig Jahren zu dem Zwecke verbunden: „das Gleichgewicht in Europa aufrecht zu erhalten, die Ruhe und Unabhängigkeit der Mächte zu sichern und den willkürlichen Verletzungen fremder Rechte und Gebiete vorzubeugen, von welchen die Welt so viele Jahre hindurch heimgesucht worden ist".

In dieser Richtung wirkten der Achener Congreß (30. Sept. — 21. November 1818) auf welchem Frankreich sich der absolutistischen Interventionspolitik anschloß und wo außerdem eine noch heute verbindliche Abrede über die Rangstreitigkeiten der Gesandten getroffen ward; der Congreß von Troppau (1820) und Laybach (1821), welche sich trotz des Widerspruchs der englischen Regierung gegen die neapolitanischen und spanischen Verfassungsänderungen einmischten; endlich der Congreß von Verona (1822), als dessen Vollstrecker Frankreich in Spanien gewaltsam einschritt. Damit war indessen der Höhepunkt der Interventionspolitik erreicht. Die spanischen Colonien in Südamerika erringen ihre Unabhängigkeit und nehmen die republikanische Staatsform an. Griechenland trennt sich von der Türkei, Belgien von Holland. Die Julirevolution verjagt eine Dynastie, die die Wiener Congreßacte unterzeichnen ließ. Aber auch die Hüter und Wächter der Legiti=

mität verletzten das Vertragsrecht. Von Rußland wird Polen der ihm zugesicherten Verfassung beraubt. Krakau verliert seine halbstaatliche Existenz. Nach und nach zerbröckeln die Artikel der Wiener Congreßacte einer nach dem andern und die nahezu vierzigjährige Alliance der Ostmächte löst sich endlich im Orientalischen Kriege auf, nachdem zum zweitenmale, den Wiener Verträgen zum Trotz, ein Bonaparte das Kaiserthum in Frankreich errichtet hatte. So zeigt sich in dieser Epoche, welche man als die Zeit der Ruhe und Ermüdung, als eine Periode fast beispiellos langen Friedens anzusehen pflegt, eine Reihe von Wechselfällen, von denen fast kein Staat unberührt bleibt. Mit alleiniger Ausnahme Rußlands werden 1848 alle Staaten des Continents, soweit nicht bereits die dringendsten Anforderungen des Zeitbewußtseins befriedigt worden, von den Erschütterungen der Februarrevolution 1848 erfaßt und insbesondere die deutschen Bundesverhältnisse trotz einer 1851 erfolgenden Reformation zerrüttet. Obschon politisch niedergehalten, entfalten während eines langen Friedens die Völker ihre wirthschaftlichen Kräfte im Zusammenhang mit einer unermeßlichen Entwickelung der Verkehrsmittel, durch welche die räumlichen Entfernungen auf ein mindestes Zeitmaß verkürzt, die handelspolitischen Interessen der Nationen unlösbar mit einander verknüpft werden. Der durch das Mercantilsystem vor 200 Jahren geschaffene Gegensatz verschwindet zusehends in dem Bewußtsein, daß die Industrie der Großstaaten nichts anderes darstellt, als einen Zweig der innerhalb der Culturwelt nothwendigen Arbeitstheilung. Auf die alten Congresse der Diplomaten folgen nunmehr in fast regelmäßiger Wiederholung die internationalen Congresse der Friedensfreunde, welche die Sicherstellung des Friedens durch Verkündung des Nichtinterventionsprincips oder die Abschaffung der stehenden Heere fordern, der Wohlthätigkeits- und Gefängnißreformfreunde, der großen wissenschaftlichen Associationen. In den kostspieligen Eisenbahnlinien der Continentalstaaten, in den industriellen Anlagen der minder reichen Länder, in den Staatsanleihen verknüpfen sich die Capitalinteressen der europäischen Geldmäkler, die Speculation der Börse. Auf diesen Grundlagen erwächst ein neuer kosmopolitischer Factor der materiellen Gütergemeinschaft unter den Völkern, durch welchen die Oekonomie der Nationen sich langsam zu einer Weltwirthschaft umgestaltet.

(**Literatur:** Ueber die Ausbildung des Nationalitätsprincips: Pierantoni, Storia degli studj del diritto internazionale in Italia, Modena 1869. — Ueber die neueste Entwickelung des Völkerrechts seit 1848: W. B. Lawrence, Commentaire sur les élements du droit international et sur l'histoire des progrès du droit des gens de Henry Wheaton, vol. 1—2, 1868. — Geyer, Ueber die neueste Gestaltung des Völkerrechts 1866.)

§. 10. Die neueste Zeit seit 1856. Schluß und Anfangspunkt einer Völkerrechtsepoche wird durch den Pariser Frieden vom Jahre 1856 bezeichnet. Wenngleich außer den fünf Großmächten nur Italien als einer der kriegführenden Staaten zu den Unterzeichnern gehörte und sogar Preußen und Oesterreich an der Kriegführung selbst nicht betheiligt gewesen waren, so sind die in dem Völkerrechtszustande eintretenden Veränderungen doch von grundsätzlich hoher Bedeutung. Die gleichsam ideale Trennung der christlichen und muhamedanischen Staatengesellschaft hört in rechtlicher Beziehung auf, indem die Türkei, deren Gebiet durch drei Continente der alten Welt sich erstreckt, in die Rechtsgemeinschaft der europäischen Völker ausdrücklich aufgenommen wird. Eine neue, bis dahin vielfach unwegsam erhaltene Verkehrstraße nach dem östlichen Europa wird an der Donau eröffnet und unter gemeinsamen Schutz gestellt. England verzichtet auf die juristischen Insignien seiner maritimen Suprematie in dem Zugeständniß dessen, wofür die Continentalstaaten Jahrhunderte hindurch vergebens gekämpft hatten und erkennt an, daß das Blockaderecht beschränkt, das Recht des neutralen Handels gegen die einseitigen Interessen der Kriegführenden gesichert, die Kaperei abgeschafft werden muß. Den hierauf bezüglichen Erklärungen wird die Zustimmung fast aller Culturstaaten zu Theil, nur die

nordamerikanische Union verweigert ihren Zutritt, weil nicht alle Forderungen einer noch weitergehenden Reform Befriedigung empfangen hatten. Für die Aufrechterhaltung des Friedens werden neue Bürgschaften gesucht: Vor Beginn eines Krieges sollen die Streitenden anheischig gemacht werden, die freundschaftliche Vermittelung dritter Staaten nachzusuchen. Der in der Türkei drohenden Gefahr sucht man in der Neutralisirung des Schwarzen Meeres zu begegnen. Es ist unleugbar, daß die Praxis des Völkerrechts durch diese Grundsätze auf höhere Ziele hingewiesen ist, daß der Friede unter den Nationen nunmehr als der normale Rechtszustand, der Krieg als ein ausnahmsweise zuzulassendes Uebel, nur als Mittel der Friedensstiftung bei unheilbar gewordener Störung der Völkerbeziehungen zu rechtfertigen sei. Damit hat sich gleichsam eine cyclische Entwickelung in der Bewegung der völkerrechtlichen Ideen vollzogen: Im Alterthum die für die Cultur und die Ausgleichung der nationalen Gegensätze nothwendige Regel des Völkerverkehrs, ist der Krieg nunmehr Ausnahme geworden; er hat keine zuständliche Macht mehr. Von einem Völkerrecht im Zustande des Krieges kann nicht mehr gesprochen werden. Der Friede im Alterthum und Mittelalter eine besonders vereinbarte oder nur geduldete Form des staatlichen Nachbarrechts je zweier Völker, wird als ein Recht der Menschheit angenommen, weil die Wirkungen der großen Kriege nicht mehr wirthschaftlich isolirt und auf die Kämpfenden beschränkt werden können.

Nachdem durch den Verfall der heiligen Alliance und den Pariser Frieden von 1856 die letzten Reste der Wiener Vertragsartikel ihr Ansehn verloren hatten, mußte die widernatürliche Vertheilung der europäischen Ländermassen mehr und mehr begriffen werden. Das Nationalitätsprincip, als staatsbildende Macht, findet Ermuthigung in den Staatsschriften einzelner Regierungen und in dem von England verfochtenen Grundsatze der Nichtintervention in die inneren Verfassungsangelegenheiten fremder Staaten. Mit dem italienischen Kriege wird die Entstehung eines 1861 bereits selbstständigen italienischen Königthums eingeleitet, mit dem Siege von Königgrätz in Böhmen nahezu vollendet. Der Deutsche Bund hört auf. An seine Stelle tritt, nachdem Oesterreich aus einem unnatürlichen Länderverband mit den deutschen Staaten verdrängt worden war, ein neues Gemeinwesen in Norddeutschland, bestimmt, in Mitteleuropa die einzig mögliche Garantie eines dauernden Friedens durch Concentration der deutschen Kräfte aufzurichten. Streitfragen von weltgeschichtlicher Bedeutung, welche durch die Discussion und die Anstrengungen der Diplomatie nicht zu lösen gewesen sein würden, und Europa in fortdauernder Aufregung und Spannung erhielten, werden somit durch Feldzüge in Italien, in Dänemark, in Deutschland in wenigen Wochen oder Monaten entschieden. Endlich beweist der amerikanische Bürgerkrieg die über die Grenze Europas hinausgewachsene Verbindung der Völker in der Mitleidenschaft der gesammten europäischen Industrie. Mit der vorangegangenen Periode seit 1815 verglichen, zeigt die nur dreizehnjährige Zeitfrist seit 1856 die großartigsten Ergebnisse. Während nach der Julirevolution nur zwei Kleinstaaten in Belgien und Griechenland entstanden waren, von denen die letztere durch die freiwillige Abtretung der ionischen Inseln 1863 einen Zuwachs erhielt, befestigen sich seit 1856 drei neue Großstaatsbildungen in Italien, in Norddeutschland und in Nordamerika, welches erst nach Ueberwindung des durch die Sclaverei in ihm geschaffenen Widerstreites als eine Weltmacht sich bewährt. Dieser an Kriegführungen verhältnißmäßig reichen Periode fehlt es indessen keineswegs an Errungenschaften von kosmopolitischem Werthe: das Elend der Kriegführung wurde durch die Genfer Convention vom 22. August 1864 für Verwundete gemildert, und 1868 sogar der Versuch gemacht, die Seekriegführung denselben Grundsätzen zu unterwerfen, die Agitation für die Anerkennung der Unverletzlichkeit des Privateigenthums zur See, in Nordamerika, in deutschen Hansestädten mit Nachdruck

geführt, empfängt ihre erste Erfolg verheißende Anerkennung in dem deutschen Kriege von 1866. Preußen, Italien und Oesterreich bekennen sich zu einem Grundsatze, dem später auch der Norddeutsche Reichstag seine Unterstützung zum Zwecke der Verallgemeinerung leiht. Der Gebrauch explosiver Geschosse aus den Handfeuerwaffen wird vom Standpunkte der Humanität gemißbilligt. (Petersburger Convention vom 11. December 1868.) Endlich empfängt, durch den französisch-englischen Handelsvertrag die Ausbildung der commerciellen Beziehungen eine in Mitteleuropa nachhaltig wirkende Anregung. Durch die neuen Handels-, Consular- und Schiffahrtsverträge, durch internationale Post- und Münzverträge erfährt der Verkehr einen unberechenbaren Aufschwung. Die Häfen Ostasiens, China und Japan eröffnen sich in weiterem Umfange dem europäischen und amerikanischen Handelsverkehr. Obwohl aller menschlichen Berechnung nach noch weit entfernt von dem Höhepunkt technischer Vervollkommnungen, erblicken wir dennoch schon jetzt das Herannahen einer Zeit, in welcher die Forderungen des modernen Welthandels: Gleichheit der Münzen, der Maße und Gewichte, die Annäherung der Tarife in dem System des Freihandels, sogar die Ausgleichung der Arbeitslöhne durch Auswanderungen eine fortschreitende Befriedigung empfangen werden. Damit vollendet sich aber die von uns an die Spitze gestellte Aufgabe des Völkerrechts: die höchste und vollendetste Ausbildung der menschheitlichen Cultur und das persönliche Recht des Individuums zu sichern. Die unvergleichlich hohe Bedeutung der Völkerrechtsentwickelung in der gegenwärtigen Epoche bewahrheitet sich daran, daß ein gleichzeitiges Wachsthum und eine gleichzeitige Steigerung der die Menschheit durchdringenden Grundideen der Weltbürgerlichkeit des Menschen und der nationalstaatlichen Sonderung der zu selbstständiger Culturarbeit befähigten Völker unzweifelhaft nachweisbar ist.

In der wissenschaftlichen Behandlung des Völkerrechtes überwog bis vor kurzer Zeit noch die rein positive Schule, welche sich an das gegebene Vertragsrecht anschließt, ohne die Bedingungen zu erforschen, von denen der Bestand und die Dauerhaftigkeit des Vertragsrechtes selbst abhängt. Dennoch suchte man aber, nachdem einmal die Wiener Verträge hinfällig geworden waren, die Uebereinstimmung der Völker auch außerhalb des vertragsmäßigen Verkehrs wissenschaftlich zur Anerkennung zu bringen. Im großen und ganzen schließt sich jedoch die Mehrzahl der Schriftsteller in einer stark nationalen Färbung in der Behandlung der Streitfragen an die Interessen ihres eigenen Staatswesens an. Am meisten tritt dies vielleicht bei den Engländern und Italienern hervor, am wenigsten bei den Deutschen und Amerikanern. Die großen Erschütterungen, welche Europa seit 1830 erlitten hat, sind einer streng objectiven Systematik des Völkerrechts nicht günstig gewesen. Sie unterstützten nur die Beweisführung derjenigen, welche die allmählig eingetretene Unhaltbarkeit des durch den Wiener Congreß geschaffenen Zustandes mit Entschiedenheit ausgesprochen hatten.

(**Literatur**: Neuere Systeme: 1) Deutsche: Heffter, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 5. Ausgabe 1867. — Oppenheim: System des Völkerrechts, 2. Ausgabe 1866. — de Martens, Précis du droit des gens moderne de l'Europe, augmente des notes de Pinheiro-Ferreira, par Ch. Vergé, Paris 1864. — Huhn, Völkerrecht; Volksthümliche Darstellung, 1864. — Bulmerincq, Die Systematik des Völkerrechts, 1. Thl. Kritik der Ausführungen und Forschungen zu Gunsten der Systematisirung des positiven Völkerrechts, Dorpat 1858. Derselbe: de natura principiorum juris inter gentes positivi 1856. — Pözl, Grundriß zu Vorlesungen über europäisches Völkerrecht, 1852.

2) Engländer: Oke Manning, Commentaries on the law of nations, 1839. — Wildham, Institutes of International Law 1849. — Polson, Principles of the Law of nations, 1854. — R. Phillimore, Commentaries on International Law, vol. 1—3, London 1854—57 (Band 4 enthält das internationale Privatrecht). — Travers Twiss, The Law of nations, considered as independent political communities, 2. Bd. 1861.

3) Amerikaner: Henry Wheaton, Elements of International Law, 2 vol. 1836. 2. ed. annotated ed. by W. B. Lawrence 1863. — 8. ed. by Dana, Boston 1866. — H. W. Halleck, International Law, or rules regulating the intercourse of states in peace or war, San Francisco 1861. — Th. Woolsey, Introduction to the Study of International Law, 2. ed., New-York 1867. — Kent's Commentaries on international Law, revised, with notes and cases brought down to the present time by Abdy, Cambridge 1866.

4) Italiener: Romagnosi, Introduzione allo studio ed diritto pubblico universale, 1838. — Ludovico Casanova, Lezioni di diritto pubblico internazionale, 1860. A. del Bon, Instituzioni di diritto pubblico internazionale, Padova 1868. — Ferrero Gola, corso di diritto internazionale pubblico, privato e marittimo, Parma 1866. — Cornazza Amari, Elementi di diritto internazionale. — Avio, saggio di una teorica giuridica dei rapporti internazionali.

5) Spanier: Pando, Elementos del derecho internacional, 1843. — Riquelme, Elementos de Derecho internacional español, 1849. — C. Calvo (Südamerikaner), Derecho internacional teorico y pratico, 2. vol. 1868.

6) Portugiesen: Paiva, Elementos do dereito das gentes, 4. ed. 1857. — Pinheiro-Ferreira, Cours de droit public interne et externe, Paris 1830.

Bibliographie: v. Ompteda, Literatur des gesammten, sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts, 2. Thl. 1785. Ergänzt und fortgesetzt von C. A. von Kamptz, 1817. — R. v. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, S. 337. — Periodisch in neuester Zeit: Revue de droit international et de législation comparée (herausgegeben von Rolin Jaequemyns, Asser und Westlake) seit 1868. — Zu den folgenden Paragraphen werden, abgesehen von einigen Ausnahmsfällen, nur die der neuesten Zeit angehörigen Monographien citirt werden.)

§. 11. **Die Entwickelungsgesetze der Völkerrechtsgeschichte als Princip des Völkerrechts.** Der von uns kurz hingeworfene Abriß der Völkerrechtsgeschichte hat zum Zwecke, darzuthun, daß die juristische Behandlung des uns vorgelegten Rechtsstoffes unter keinen Umständen ausgehen darf von der *dogmatischen* Grundlage irgend eines Vertragsinstrumentes. Es wäre der größte Irrthum, in den Friedensschlüssen und Congreßacten unabänderliche Gesetzbücher erblicken zu wollen. Die Unhaltbarkeit der großen Gesammtverträge und damit die Unsicherheit des Völkerrechts hat gerade darin ihren Grund, daß man *dauernde* Vertragsformen, deren Abänderung stets von der gemeinsamen Zustimmung aller Contrahenten abhängig gewesen sein würde, auf Interessen und Verhältnisse anwendete, welche nothwendigerweise dem geschichtlichen Wechsel unterworfen sind. Die wissenschaftliche Basis des Völkerrechts und die Erkenntniß der ihm zu Grunde liegenden Thatsachen sind nur so zu gewinnen, daß man auf dem geschichtlichen Wege die *Entwickelungsgesetze* der Völker zu erkennen und demnächst juristisch sicher zu stellen sucht; folglich vor allen Dingen auf die Vorstellung Verzicht leistet, als könne die Jurisprudenz oder die Diplomatie die Bewegungen der großen Volkskörper eigenmächtig durch abstracte Rechtsregeln bestimmen. Aus der Völkerrechtsgeschichte erfahren wir, daß die von allgemein menschheitlichem Inhalt erfüllte Culturarbeit selbst untergegangener Nationen niemals verloren gehen kann, daß die Ergebnisse des griechischen und römischen Lebens, soweit sie einen allgemeinen, für alle Völker verständlichen Charakter an sich tragen, nach vorübergehender Verdrängung stets wieder zum Vorschein gekommen sind. Unzerstörbare und ewige Grundlagen des Völkerrechts sind daher alle diejenigen Bestandtheile vergangener und gegenwärtiger Gesittung, welche durch das Bewußtsein der höher entwickelten Völker entweder vollkommen erfaßt sind oder doch trotz aller völkerschaftlicher Verschiedenheit bei fortschreitender Ausbildung überhaupt erfaßt werden können, und deswegen als *gemeinsamer* Inhalt aller Staaten gewußt und gewollt werden: Gemeinsame durch die Philosophie der Griechen und die monotheistischen Religionen vermittelte Grundbegriffe der Sittlichkeit, gemeinsame Anerkennung der Rechtsfähigkeit auf privatrechtlichem Gebiet ohne Rücksicht auf den Aufenthalt oder die Landeszugehörigkeit des Einzelnen, das Recht der Gewissensfreiheit und der religiösen Ueberzeugung, die

Freiheit der Seeschiffahrt auf offenem Meere und in den Seestraßen, die Gemeinnützlichkeit des friedlich wirthschaftlichen Verkehrs, das Bedürfniß des Ideenaustausches durch den internationalen Verkehr der Literaturen, welcher durch den Schutz der Autorrechte zu befördern ist und unendlich viele, kaum aufzuzählende Momente erläutern auf den ersten Blick die in der neuen Welt auf einem weitesten geographischen Gebiete die Staaten Europas durchdringende Culturgemeinschaft, unter deren gewaltigem Eindruck die Ueberzeugung eingewurzelt ist, daß der heutige Staat sich nicht mehr von anderen isoliren kann, naturgesetzlich auf den Verkehr mit anderen angewiesen ist und innerhalb dieser, seiner Willkür entrückten, sowohl materiellen als geistigen Lebensgemeinschaft mit anderen Völkern ein Gesellschaftsrecht aller Staaten gegenüber dem Einzelstaat nothwendig anerkannt werden muß. So haben wir als erste die Geschichte bewegende Grundidee des Völkerrechts die Einheit und Zusammengehörigkeit der Menschheit gefunden.

Hieran schließt sich aber sofort das damit nothwendig und unlöslich verbundene Princip der nur auf Gleichberechtigung der einzelnen Mitglieder friedlich zu begründenden Staatenmehrheit und Staatengesellschaft, als eine zweite für die menschheitliche Entwickelung wesentlich vorbedingende Thatsache. In demselben Maße, wie die kosmopolitischen und unzerstörbaren Ergebnisse des allmählig fortschreitenden Culturprocesses Gemeingut der Völker wurden, wuchs auch die Grundvorstellung, welche jede Art der Weltherrschaft verwirft, sei sie nun geistlich oder weltlich, sei sie auf Länderbesitz oder Seefahrt bedacht. Jede Nation hat in ihrer staatlichen Einrichtung die Aufgabe selbstständiger Culturarbeit und das Recht, ihre natürlichen Anlagen und Bedürfnisse zu gestalten. Die Unterschiede der Macht, wie bedeutend immer in politischer Hinsicht, müssen daher rechtlich ebenso sehr ausgeglichen werden, wie die Verschiedenheiten des Alters, der Körperstärke, des socialen Ranges privatrechtlich ausgeglichen worden sind. In der noch mangelhaften historischen Entwickelung dieser zweiten Seite des völkerschaftlichen Lebens liegt wesentlich die Unvollkommenheit des heutigen Völkerrechts. Wenn auch dem Ziele der Alleinherrschaft entsagend, haben die großen Mächte dennoch bisher immer versucht, im Wege der Verbündung sich eine vorberechtigte Stellung ihrer Interessen zu sichern. Ganz unverkennbar ist in der territorialen Geschichte Europas der seit Jahrhunderten herrschende Zug zur Ausbildung von Großstaaten auf Kosten der kleineren Gemeinwesen. Trotz aller Verträge ist das Kleinstaatenthum mehr und mehr verschwunden. Allein, weit davon entfernt, in diesem Entwickelungsgange eine der völkerrechtlichen Idee feindliche Thatsache zu erblicken, finden wir darin vielmehr die Befestigung derjenigen Grundlagen, von denen die praktische Sicherung des Völkerrechts bedingt wird. Die neu gewordenen Großstaatskörper erscheinen vor dem Auge des Beschauers als große, räumlich geographische, sprachliche und wirthschaftspolitische Einheiten, die, weil sie den absperrenden Eigensinn und die Verkehrshindernisse innerhalb ihrer ehemals kleinstaatlichen Zerstückelung überwunden haben, sich mehr und mehr selbst genügen können und gerade deswegen den äußeren Gegensatz und die feindliche Spannung der Kräfte milder werden lassen. Die durch Neutralitätserklärung der größeren Mächte gemeinsam zu sichernde Daseinsberechtigung der kleineren Staaten liegt, vom Standpunkt der Gegenwart aus betrachtet, wesentlich darin, daß sie nach ihrer geographischen Lage berufen sein können, als Zwischenglieder den Grenzneid größerer Staaten zu beruhigen und auf den Knotenpunkten der weltdurchziehenden Verkehrsstraßen die Freiheit aller betheiligten Interessenten zu wahren. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, schützt die Schweiz den freien Durchzug vom Norden nach dem Süden, Belgien den Verkehr zwischen dem mittleren und nordwestlichen Europa vor dem unmittelbaren Conflict der von politischen Bestrebungen und Störungen abhängigen Tariffragen der Großstaaten. Sie erschweren den Krieg, indem sie grundsätzlich

aufhören sollen, ein Gegenstand der Länderspeculation zu sein, und außerdem in der Verlegung der geraden Operationslinie die Gegner im Kriege wenigstens zu strategischen Umgehungen nöthigen und dadurch die Leidenschaften der Kriegführung hemmen können.

§. 12. Die Quellen des positiven europäischen Völkerrechts. Die mannichfachen Störungen, welche die Geltung des Völkerrechts bisher so oft gehemmt haben und aus diesem Grunde sogar einzelne Schriftsteller dahin führten, das Vorhandensein eines positiven Völkerrechts zu leugnen, dürfen in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden. Die beiden, von uns nachgewiesenen Grundlagen eines positiven allgemeinen Völkerrechts: ein gewisses für das Verkehrsbedürfniß der Staaten unerläßliches Maß der kosmopolitischen Cultur und außerdem die gegenseitige Anerkennung der durch das Bedürfniß verbundenen Volkskörper als gleichberechtigter Existenzen sind überhaupt erst durch die verhältnißmäßig kurze Periode seit der Reformation und dem westphälischen Frieden in Verbindung mit einander gebracht worden. Zwischen der unverkennbar in der bisherigen Vergangenheit bemerkbar gewordenen, sich beschleunigenden Entfaltung des Völkerrechts und der uralten aus der Dämmerung historisch entlegener Barbarei hervortretenden Ausbildung des Privat- und Strafrechts bestehen in den einzelnen Staaten sehr bedeutende Analogien. Privat- und Strafrecht sind ursprünglich gleichfalls auf Selbsthülfe oder auf genossenschaftliche Unterstützung angewiesen, so lange die Staatsgewalt wesentlich den Zweck hat, der kriegerischen Vertheidigung nach außen zu dienen. Neben dieser Unsicherheit ihrer Verwirklichung gegen die überlegene Macht eines Rechtsbrüchigen steht meistentheils als ein instinctiv ergriffenes Sicherungsmittel die Einkleidung der Rechtsgeschäfte oder Proceßformen in feierliche, symbolisch-mystische, oder religiös empfundene Formeln. Je mehr sich der Staat im Innern befestigt, und sobald die Regierung permanente Functionen übernimmt, gewinnt das Recht an Sicherheit seiner Geltung, verliert es an äußerer Formalität. Der materielle Wille triumphirt über das blos äußerlich fesselnde Moment der Willensäußerungen. Ebenso im Völkerrecht. Es kann von Hause aus nicht anders geschützt werden gegen Verstöße als durch Selbsthülfe und die in den Allianzen gesuchte genossenschaftliche Hülfe der im einzelnen Fall mitinteressirten Staaten. Da nun eine höchste über den Völkern stehende und regierende Weltmacht grundsätzlich nicht möglich ist, so wird die höchste praktische Geltung des Völkerrechts überhaupt nur zu erreichen sein in der Ausbildung fester Regeln des materiellen Rechts und in der ihnen von allen Culturstaaten entweder durch unparteiisches Schiedsgericht oder durch genossenschaftliche Hülfe zu verschaffenden Anwendung.

Dies führt uns zu einer Betrachtung der Quellen des positiven Völkerrechts. Von der Form des Gesetzes kann selbstverständlich keine Rede sein, nachdem der Gedanke der Weltherrschaft durch die Gleichberechtigung der Staaten verdrängt worden ist. Der Ursprung der dem positiven Völkerrecht angehörigen Regeln kann daher nur in der freien wechselseitigen und gemeinsamen Selbstbeschränkung der in Culturgemeinschaft stehenden Nationen zu suchen sein. Daher die Völkerrechtsquellen zur Erscheinung kommen entweder:

1) Als Gewohnheit in der Verkehrspraxis der Staaten. Eine nur instinctive Uebung, wie die Rechtsgewohnheit im Privat- und Strafrecht ist nach der Natur der Völker- und Staatenbildung ausgeschlossen. Denn, wie wir gezeigt haben, ist der ursprüngliche Instinct der Völker auf gegenseitige Negation in Gestalt der Absperrung oder der Unterjochung gerichtet. Die völkerrechtlichen Gewohnheiten gehören daher einer höheren Bildungsstufe an und enthalten, indem sie aus der Vorstellung des nothwendigen Rechtsverkehrs unter den Staaten entspringen, diejenigen Regeln, welche sich auf dem Begriff der Gegenseitigkeit und Gleichberechtigung aufbauen. Dieselben wirken

entweder negativ als Unterlassung des gleichmäßig als verderblich Erkannten oder positiv als Uebungen einer als zulässig oder nothwendig angenommenen Handlungsweise des einen Staates gegenüber dem anderen. Kriegs- und Seegebrauch sind Beispiele einer derartigen Bethätigung des Völkerwillens, bei denen vernünftige und bewußte Erkenntniß ihren bildenden Einfluß geübt haben. In dem Gewohnheitsrecht der mit einander in Verkehr stehenden Staaten besteht also gewissermaßen ein umgekehrtes Verhältniß zu anderen Rechtsbeziehungen. In den uralten Gewohnheiten des germanischen Erb- oder Vertragsrechts erkennen wir häufig, auf culturgeschichtliche Forschungen gestützt, wie nicht der Zufall sondern eine von den dahingeschwundenen Generationen selbst nicht erkannte Nothwendigkeit ihnen zu Grunde lag. Im Völkerrecht ist die Gewohnheit und Praxis meistentheils das späte Anerkenntniß dessen, was Jahrhunderte zuvor die Stimme der weisesten und einsichtigsten Kenner gelehrt und anempfohlen hatte. Zu erklären ist dies einfach dadurch, daß im Anfang der Verkehr der Staaten miteinander nicht durch die unbewußt und gewohnheitsmäßig agirenden Volksmassen, sondern durch klug erwägende, vorsichtig überlegende und alles berechnende Staatsmänner eingeleitet und beherrscht wird, so daß von ihren Entschließungen die Bildung und consequente Beobachtung der als nothwendig oder nützlich erkannten Verkehrsregeln abhängig wird. Die formale Technik der modernen Diplomatie und die Grundregeln des Gesandtschaftsrechtes beruhen auf einer zur Gewohnheit herangereiften Ueberlieferung.

2) Als Vertragsschließung unter den Staaten. Ursprünglich nur im Verhältniß des einen Staates zum andern, zur Begründung eines Rechtsgeschäftes zwischen zwei Nationen bestimmt, haben die Verträge nach und nach Anwendung gefunden auf die gemeinsamen Angelegenheiten mehrerer thatsächlich in Beziehung zu einander gesetzter Nationen. Die ältesten Collectivverträge unter einer Mehrheit von Staaten sind unzweifelhaft die Begründung von Föderationen und Staatenvereinen. Die Entwickelung des modernen Vertragsrechts datirt wesentlich, wie wir gezeigt haben, seit dem Westphälischen Frieden und dem Aufkommen solcher Streitfragen, welche eine europäische Bedeutung annahmen und deswegen eine gemeinsame Beilegung forderten. Ihrer juristischen Bedeutung nach sind die Verträge dieser höheren Art meistentheils Entscheidungen der großen Besitzstreitigkeiten und der im Verkehrsrecht hervorgetretenen Controversen.

Zwischen Verträgen und Gewohnheit läßt sich eine Vermittelung schließlich in der Weise denken, daß das unter gewissen Staaten, insbesondere den Großmächten vereinbarte Vertragsrecht durch seine Autorität die Anerkennung und Zustimmung minder bedeutender Staaten nach und nach erlangt und somit gleichzeitig Gewohnheitsrecht wird.

Verträge, welche von allen Staaten unterzeichnet, Gewohnheiten die ausnahmslos beobachtet wären, gibt es nicht. Von einem allgemeinen positiven Völkerrecht aller Staaten kann daher nicht die Rede sein. Nur in derjenigen Staatengruppe, deren Bestandtheile auf der Basis einer sie ideell verbindenden Culturgemeinschaft in dauernd friedlicher Verkehrsbeziehung zu einander stehen, darf die Möglichkeit eines positiven Genossenschaftsrechtes angenommen werden. Um dies Verhältniß anzudeuten, spricht man gemeinschaftlich vom europäischen Völkerrecht, als denjenigen Rechtsregeln, welche die Staaten des europäischen Continentes und der von ihnen colonisirten und beherrschten Länder anderer Welttheile verpflichten. Selbst innerhalb dieses Gültigkeitsgebietes, welches nunmehr auch die afrikanischen und asiatischen Besitzungen der Pforte, sowie die amerikanischen Staaten und alle in fremden Continenten liegenden Besitzungen europäischer Mächte umfaßt, wird man gewisse engere und weitere Verbände vom Standpunkte der Culturgeschichte unterscheiden können, je nachdem das völkerrechtliche Bewußtsein in allen Bevölkerungsschichten bereits eingewurzelt ist, oder nur in den höchsten Regierungskreisen

gleichsam noch an der Oberfläche haftet. Zwischen Holland, Belgien, Deutschland, Frankreich, England, der Schweiz und Italien besteht auf Grundlage eines Jahrhunderte hindurch gepflegten Verkehrs offenbar eine viel innigere Verbindung, als zwischen diesen Staaten einerseits und der Türkei oder Rußland andererseits. Einen juristischen Ausdruck findet diese Thatsache beispielsweise darin, daß in der Türkei, obwohl in ganz Europa das Princip der Territorialität in der Anwendung der Gesetze durchgedrungen ist, die Fremden eine ausnahmsweise privilegirte Stellung in der Justizpflege einnehmen.

Was die Beziehungen der europäischen Mächte zu den ostasiatischen Staaten wie Siam, China, Japan u. a. anbelangt, so sind dieselben zwar keineswegs rein zufällige oder willkürliche, allein dieselben tragen doch noch nicht den Charakter der Allseitigkeit, sondern erst denjenigen der Zweiseitigkeit an sich, welche als ein Product überlegenen kriegerischen Zwanges oder handelspolitischen Nutzens diese Staaten nur gegenüber den vertragsschließenden Mächten zu genau verabredeten Handlungen oder Duldungen verpflichtet, dagegen vorläufig noch die Feindschaft entgegengesetzter Cultursysteme im wesentlichen unvermittelt nebeneinander bestehen läßt. Dem tieferen Einblicke in die Geschichte des letzten Menschenalters kann freilich nicht verborgen bleiben, daß auch dorthin an die Stelle eines schmalen, den Abgrund überspannenden und noch auf schwankenden Seilen ruhenden Steges dem riesenhaft anwachsenden Verkehre sehr bald eine breite, der Massenbewegung dienende Brücke eröffnet sein wird. Die 1868 bewirkte Herstellung einer chinesischen Gesandtschaft in der amerikanischen Union und an den europäischen Höfen, die chinesische Uebersetzung des Lehrbuches von Wheaton und dessen Annahme als eines Autorität habenden Institutionenwerkes durch die chinesischen Behörden sind nicht zu übersehene Fingerzeige in die Zukunft. Unter dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und Vernünftigkeit hat schon gegenwärtig die geschichtsphilosophische Behandlungsweise des Völkerrechts dieses gewaltige Vorschreiten europäischer Verkehrsregeln in den Kreis ihrer Betrachtung und Darstellung hineinzuziehen. Die Wissenschaften orientalischer Sprachen und Geschichte, ehemals nur berufen, Aufschlüsse zu gewähren über die räthselhafte Vergangenheit der menschlichen Cultur, werden in Zukunft berufen sein auch eine Hülfe zu bieten für die praktische Förderung der europäisch-asiatischen Völkerrechtspflege. Jedenfalls wird man sagen dürfen, das europäische Völkerrecht sei das seinen Grundsätzen nach zwar nicht allgemein anerkannte, aber doch allgemein anwendbare Völkerrecht.

§. 13. Codification der Völkerrechtsquellen. Eine Betrachtung der den Völkerrechtsquellen bis jetzt noch eigenthümlichen Gestalt legt die Frage nahe: ob eine Codification derselben durch die europäischen Culturstaaten nicht eine höhere Sicherheit für die Völkerrechtspraxis gewährleisten würde und deswegen in Angriff zu nehmen sei. Zu wiederholten Malen ist eine derartige Forderung von erleuchteten Staatsmännern und Gelehrten gestellt worden. Auch fehlt es nicht an einzelnen Vorarbeiten. Schon Bentham hatte die von ihm verfochtene Idee der Codification auf das Völkerrecht angewendet (vol. 8 seiner 1839 von Bowring herausgegebenen Werke). Katchenowsky, Professor des Völkerrechts in Charkow, stellte an den socialwissenschaftlichen Congreß, der den hervorragendsten Juristen Englands als Vereinigungspunkt dient, den Antrag, sich der Vorbereitung eines solchen Unternehmens zu unterziehen: Dudley Field, durch seine Theilnahme an den New-Yorker Gesetzgebungsarbeiten hervorragend, gab demselben Vereine eine erneute Anregung, in Folge deren eine Commission eingesetzt wurde, welcher auch der Verfasser dieses Abrisses anzugehören die Ehre hat. Einige Materien des Völkerrechts sind auf mehrere Commissionsmitglieder vertheilt und zum Gegenstande der Bearbeitung gemacht worden. In Deutschland hat Bluntschli, selbstständig einer Anregung des Dr. F. Lieber in New-York folgend, in seinem Buche: „Das moderne

Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt" (Nördlingen 1868) einen werthvollen Beitrag zur Codificationsfrage geliefert.

Richtig an diesem Unternehmen ist, daß unter allen Umständen eine Verständigung über die streitigen Völkerrechtsfragen nur durch Zusammenwirken der den meistbetheiligten Staaten angehörigen Fachkenner zu suchen ist, daß die mit der Völkerrechtspraxis vertrauten Gelehrten dazu einen höheren Beruf haben, als die Diplomaten, welche mit Vorliebe und Vorsicht nur den concreten Fall ins Auge fassen und eine Scheu zeigen, die maßgebenden Principien festzustellen. Auch würde der Mittelpunkt solcher Bestrebungen am besten in einen derjenigen westeuropäischen Staaten zu verlegen sein, welche zu einem gewissen Abschluß ihres inneren Verfassungslebens gelangt sind und gleichzeitig auf einer hohen Stufe der wirthschaftspolitischen Entwickelung stehen: England, Belgien, Holland oder die Schweiz. Allein die Schwierigkeiten der Codification sind nicht gering zu veranschlagen. Unter diesem Ausdruck wäre zu verstehen: die vertragsmäßige Vereinbarung der in Völkerrechtsgemeinschaft stehenden Staaten über sämmtliche Rechtsregeln des internationalen Verkehrs. Gegenwärtig ist ein solches Werk in so großer Ausdehnung nicht nur unmöglich, sondern sogar, wenn erreichbar, auch nachtheilig. Der Werth der Vertragsschließung (als der nothwendigen Form für eine s. g. Codification) wird meistentheils überschätzt. Unserer Ansicht nach sind nämlich Verträge unter den Quellen des positiven Völkerrechts die untergeordnete, wesentlich für vorübergehende Interessen geeignete Art der Rechtserzeugung, Gewohnheit die für die allgemeinen dauernden Rechtsinteressen der Nationen höher stehende Garantie, im Verhältniß zu welcher der Vertrag nur einen vorbereitenden Charakter an sich trägt. Alles Völkerrecht Codificiren heißt: die in der Entwickelung begriffenen, der historischen Bewegung unterliegenden Verhältnisse in eine Gestalt bringen, deren spätere Abänderung nur mit Uebereinstimmung Aller bewirkt werden könnte und bei dem Widerspruch irgend eines Einzelnen scheitern würde. Die erste Aufgabe eines völkerrechtlichen Codificationsversuches wäre daher: Beschränkung des Vertragsrechtes auf die naturgemäßen Objecte seiner Geltung. Für alle ihrem Gegenstand nach wechselnden Rechtsinteressen dürfen nur Verträge auf Zeit abgeschlossen werden; für solche Rechtsinteressen, welche nach den vorhandenen Entwickelungsstufen der europäischen Staatenwelt streitig sind, würde auch jede Aussicht fehlen auf allseitige Zustimmung. Praktisch und erfolgreich kann eine Codification der Völkerrechtssätze nur dann sein, wenn sie sich auf solche Materien beschränkt, in Beziehung auf welche alle Staaten ein gleichmäßiges Verkehrsinteresse haben und die vorhandenen Meinungsverschiedenheiten nur aus untergeordneten, auf mangelnder Gelegenheit zur Verständigung beruhenden Momenten entspringen. Derartige Materien wären beispielsweise: das internationale Privatrecht, weil in seinen Grundzügen unabhängig von dem äußeren Staatsinteresse, die internationale Polizei des Seeverkehrs zur Verhütung des Zusammenstoßes, der Strandungen und des Betruges der Assecuranzgesellschaften, des Sclavenhandels und Seeraubes, zur Regulirung des Fischfanges auf hoher See, mit einem Worte die Feststellung des freien und sicheren Seegebrauches und des Seeceremoniells, das Gesandtschaftsrecht und das Consularwesen, die Regeln der Kriegführung wenigstens nach der negativen Seite des absolut Unzulässigen und endlich die Rechte des Privateigenthums im Seekriege. Dagegen würde es unter den obwaltenden Verhältnissen aussichtslos sein, bindende und allgemein annehmbare oder dauernd geltende Regeln über den Proceß der Staatenbildung, die Geltung des Nationalitätsprincips, die Anerkennung neuer Staaten und das Interventionsrecht in einem Codex aufstellen zu wollen.

(**Literatur**: Unter den früheren Arbeiten siehe Alphonse de Domin-Petrushevecz. Précis d'un Code du droit international, Leipzig 1861. — On a project for an international Code by David Dudley Field of New-York. Law Magazine p. 138. 1866.)

II. Die Subjecte des völkerrechtlichen Verkehrs.

§. 14. Der Staat als völkerrechtliche Persönlichkeit. Nur wenn staatlich organisirt, sind die Völker zu dauerndem Rechtsverkehre befähigt. Erst in dem festen und gesicherten Bestande einer die Einzelnen beherrschenden Staatsgewalt liegt die Möglichkeit, den Gesammtwillen des Volkes zu einheitlichem Handeln zusammenzufassen, Rechte zu erwerben und geltend zu machen, Pflichten zu erfüllen und das rechtswidrige Thun des Einzelnen, sobald es sich gegen andere Völker kehrt, wirksam zu unterdrücken. Zwischen der staatsrechtlichen und der völkerrechtlichen Betrachtungsweise eines zu politischer Einheit personificirten Volkes besteht nahe Verwandtschaft, aber auch in einigen Stücken erhebliche Verschiedenheit. Staat und Staatsgewalt werden im Verfassungsrecht als dauernde zuständliche Bildungen des nationalen Volkswillens vorausgesetzt und zu Grunde gelegt. Ihre Begründungsweise und ihr Ende kommen dabei nicht in Betracht. Keine Verfassung enthält eine Bestimmung, der gemäß der Staat als Gesellschaftszustand aufgehoben werden könnte. Anders das Völkerrecht. Die Geschichte zeigt uns die durch die Wissenschaft des Völkerrechts und die Diplomatie nicht zu übersehende Thatsache: daß die Subjecte des Völkerrechts wie menschliche Individuen entstehen und vergehen, in beständigem Wechsel befangen sind, indem sie dem Gesetze weltgeschichtlicher Entwickelungen oder physischer Vergänglichkeit unterliegen. Aus der Perspective des Völkerrechts gesehen, erscheint also der Staat in seiner nationalen und historischen Erscheinung als eine vergängliche Species innerhalb des Lebens der Menschheit. Seine Verfassung und seine Macht, sein Gebiet und sein Recht, er selbst entsteht und verschwindet. Bald löst sich ein großes Staatsganze, wie das römische, byzantinische, arabische oder deutsche Reich, in einzelne kleinere Staatskörper auf, bald schließen sich, wie am Ende des Mittelalters in Spanien und Frankreich oder in Italien und Deutschland neuerdings, kleinere Staaten in höherer Einheit zusammen. Fast mit Nothwendigkeit empfängt man von der geschichtlichen Betrachtung den Eindruck zweier mit einander abwechselnder Perioden in der räumlichen Erscheinung der Staaten und der vorwiegenden Groß- oder Kleinstaatenbildung.

Das Völkerrecht hat die Entstehung und den Untergang der Staaten hinzunehmen und aufzufassen als Thatsachen, welche meistentheils von der Willkür, Berechnung und Voraussicht menschlichen Handelns unabhängig sind. Nur in selteneren Fällen, wie bei der Ansiedelung in unbewohnten Erdtheilen, bei der Conföderation selbstständiger Staaten oder bei dem Anschluß des einen Staates an einen anderen Staat, entscheidet das Moment der Freiwilligkeit. Ohne äußerliche Verletzung gewisser wirklicher oder behaupteter Rechte, ohne Zwang gegen widerstrebende Kräfte, ohne Unterwerfung unter eine siegreiche Nothwendigkeit ist innerhalb einer bereits bestehenden Staatengesellschaft eine Neubildung niemals möglich. Das allgemeine Völkerrecht hat keinen Maßstab für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit in der Entstehung oder dem Untergang der Staaten, keine Doctrin, durch welche es Geburt und Tod der Staatskörper beherrschen könnte. Damit der Staat als Subject völkerrechtlicher Beziehungen anerkannt werde, genügt 1) die vollendete Thatsache seines Daseins, 2) die Unabhängigkeit seines Wollens in den Beziehungen zu anderen Staaten und 3) die Bereitwilligkeit auf Grundlage der völkerrechtlichen Ordnung mit den bereits vorhandenen Staaten in Gemeinschaft und Verkehr zu treten. Ob diese Momente vorhanden sind, ist Gegenstand thatsächlicher Prüfung.

§. 15. Erscheinungsform der selbstständigen Staaten. Der Staatsbegriff selbst ist hier nicht zu untersuchen, sondern vorauszusetzen, dagegen kommt in Betracht als erstes Erforderniß für die Mitgliedschaft in der Gemeinde der Staatsvölker:

Unabhängigkeit oder Souveränetät. Souverän im völkerrechtlichen Sinne ist derjenige Staat, welcher sich frei und unabhängig von der Gewalt eines anderen Staates im äußeren Verkehr mit anderen Staaten bestimmt. Wer die Repräsentation des Volkswillens im äußeren Verkehr innehat, ist für das Völkerrecht gleichgültig. Nur das ist wesentlich, daß die Staatsgewalt sich lediglich nach dem Willen des Volkes bestimmt, als dessen Ausdruck sie selbst in der absoluten Monarchie gilt. Die Gestaltung der völkerrechtlich souveränen Staaten kann eine sehr verschiedene sein:

1) als centralisirter Einheitsstaat, wie in Frankreich, oder

2) als Realunion, welche möglicherweise, wie ehemals das Königreich Polen durch die Wiener Congreßacte, eine vertragsmäßig gewährte völkerrechtliche Garantie erhalten kann, unter allen Umständen indessen, gleich dem Einheitsstaate, nach außen vertreten wird durch den Willen einer Staatsgewalt.

3) Die Personalunion, in welchem Falle eine doppelstaatliche Vertretung des mehrfachen Herrschaftswillens zulässig erscheint, die Souveränetät also derartig wirken kann, daß trotz der Gemeinschaft des Herrschers die personal verbundenen Staaten in besonderen und eigenthümlichen Rechtsverhältnissen zum Auslande verharren.

4) Der Staatenbund. Die Souveränetät der einzelnen Staatskörper ist hier völkerrechtlich beschränkt durch den Gemeinschaftszweck Aller. Da indessen die gemeinsamen Zwecke nur durch freie Zustimmung oder freie Unterwerfung unter den Mehrheitswillen seitens der einzelnen Mitglieder realisirt werden, können die Staaten des Staatenbundes noch im völkerrechtlichen Sinne als souverän gelten.

5) Als Bundesstaat, in welchem Falle nur eine einheitliche, auf dem Vorhandensein einer inneren Staatsgewalt beruhende Souveränetät im völkerrechtlichen Sinne anzunehmen ist. Weil einer zwingenden Bundesgewalt unterworfen, können die einzelnen Mitglieder des Bundesstaates auf völkerrechtliche Souveränetät keinen Anspruch machen und deswegen niemals als Subjecte im Staatenverkehre unmittelbar fungiren. Abweichend von dieser Regel sind, wie bereits oben bemerkt wurde, die Verhältnisse bis jetzt im Norddeutschen Bunde gestaltet.

6) Als halbsouveräner Staat. Die Abnormität einer solchen Bildung ist bereits durch diese begriffswidrige Ausdrucksweise des Wortes dargelegt. Unter Halbsouveränetät versteht man das Rechtsverhältniß, durch welches ein Staat der Schutzmacht eines anderen (suzeraineté) für seine äußeren Beziehungen unterstellt ist, ohne deswegen die Fähigkeit zu verlieren, sich innerhalb gewisser Schranken selbstständig gegen das Ausland zu verpflichten. Als Grundlage der Halbsouveränetät ist meistentheils ein Vasallenverhältniß des einen mindermächtigen Fürsten in Beziehung zu einem Suzerain anzunehmen, doch würde die Belehnung als solche für sich allein keineswegs den Schluß auf Halbsouveränetät im völkerrechtlichen Sinne zulassen. Als Beispiel halbsouveräner Staaten pflegen regelmäßig in den völkerrechtlichen Systemen angeführt zu werden: das Fürstenthum Monaco, welches 1815 unter das Protectorat des Königreichs Sardinien gestellt ward; die Republik Andorra, auf Grund uralten Herkommens unter dem Schutze eines spanischen Bischofs und der französischen Regierung; die Republik S. Marino unter päpstlichem Schutze. Bei anderen Staaten ist es zweifelhaft, ob sie zu den halbsouveränen gerechnet werden dürfen, weil von verschiedenen Seiten entweder eine über die Halbsouveränetät hinausgehende Machtvollkommenheit derselben oder eine vollkommene Unterwerfung unter eine andere Macht behauptet wird. So: Aegypten, Serbien, Rumänien und Montenegro. Auch die ansässigen nordamerikanischen Indianerstämme werden in ihrem Verhältniß zur Unionsregierung von Wheaton und den Gerichtshöfen des Bundes nach Analogie der halbsouveränen Staaten beurtheilt, ob-

wohl es schon bedenklich ist, den Staatsbegriff hier anzuwenden. In einer Rangfolge, bei welcher die Gemeinschaft zwischen dem suzeränen Staat und dem halbsouveränen Staat als eine Art der Staatenverbindung zu classificiren wäre, würde die Halbsouveränetät in der Mitte stehen zwischen Staatenbund und Bundesstaat; enger in der Verbindung als jener, lockerer als dieser.

Den Keim der Zerwürfnisse stets in sich tragend, ist Halbsouveränetät der Staaten als ein naturwidriger Zwitterzustand in der Gegenwart zu erachten. Der ursprünglich darin wirkende Grundgedanke ist besser durch eine den schwächeren Staaten zu leistende Neutralitätsgarantie der europäischen Mächte zu erreichen.

§. 16. Anerkennung neugebildeter Staaten. Die vollendete Thatsache einer staatlichen Neubildung, ihrer nach außen unabhängigen Willensbestimmung (Souveränetät) vermittelst einer höchsten dauernd gebietenden Staatsgewalt und der Bereitwilligkeit des gegenseitig verpflichtenden Völkerverkehrs wird durch Anerkennung seitens der bereits bestehenden Staatskörper festgestellt. Zu seinem Dasein oder zu seinem Werden bedarf der neu entstandene Staat keiner Anerkennung, wohl aber zu seiner rechtlich geordneten Mitgliedschaft in der Staatengesellschaft. Ob jene zur Erlangung der völkerrechtlichen Persönlichkeit vorausgesetzten Thatsachen im historischen Sinne vollendet sind oder nicht, kann streitig sein. Vornehmlich wird ein durch Gebietstrennungen verletzter Staat, in der Hoffnung auf Wiedererlangung des Verlorenen, mit der Anerkennung des Geschehenen zögern. Dritte Mächte sind indessen nicht verpflichtet, die vorgängige Anerkennung von Seiten eines verletzten Staates abzuwarten. Sie sind berechtigt, auf Grund eigener Einsicht zu prüfen und zu entscheiden, verantwortlich gegen die betheiligten Staaten für die Folgen verschuldeter Uebereilung oder verschuldeter Zögerung. Insbesondere fällt jeder Grund der Vorenthaltung der Anerkennung fort, sobald der durch Gebietstrennungen selbst verletzte Staat die Anerkennung ausgesprochen hat. Hinsichtlich der Form kann die Anerkennung entweder ausdrücklich geschehen oder stillschweigend durch Vornahme solcher Verkehrshandlungen, welche die Souveränetät der dabei betheiligten Staaten voraussetzen: Abschluß von Verträgen, Eröffnung eines gesandtschaftlichen Verkehrs, Zulassung von Consuln u. s. w. Einfache Gestattung des Handelsverkehrs unter den Unterthanen der in Frage kommenden Staaten kann als Anerkennung nicht gedeutet werden. Von besonderer Schwierigkeit ist das unmittelbare Nachbarschaftsverhältniß gegen einen grundsätzlich in seinem territorialen Bestande nicht anerkannten Staat. So gegenwärtig die Beziehungen des Papstthums zu dem mit dessen Besitzungen bereicherten Königreich Italien. Das positive Völkerrecht kennt keinen bezeichnenden Ausdruck für solche Beziehungen, welche weder als kriegerische, den Verkehr sperrende, noch auch als friedliche, auf Grund wechselseitiger Anerkennung betrachtet werden können.

(Literatur. Ueber Neubildung und Anerkennung der Staaten: Spence, On the recognition of the Southern Confederation 3. edition 1862. — Gibbs, Recognition. A Chapter from the history of the North American and South American states, 1863. — Ueber die Wirkungen und das Recht der Nationalitäten im Staatsbildungsproceß: Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, 1851. — Mamiani, Di un nuovo diritto pubblico europeo, 1859, und Pierantoni, Storia degli studi vel diritto internazionale, p. 180 ff.)

§. 17. Succession der Staaten. Die Bildung und Anerkennung neuer Staaten, welche eine gewaltsame Gebietstrennung oder eine freiwillige Vereinigung von Bestandtheilen älterer Staaten darstellen, läßt die wichtige Frage entstehen: ob zwischen dem neugebildeten Staate und dem ehemaligen Staatszustande ein Successionsverhältniß bezüglich der völkerrechtlichen Pflichten oder Befugnisse gegen dritte Staaten stattfinde?

Vergrößert sich ein Staat durch Einverleibung souveräner Staaten, so gehen die aus Staatsverträgen entspringenden Rechte und Pflichten auch auf die neuhinzutretenden Unterthanen und Gebietsstücke über. Verringert sich ein Staat durch Lostrennungen, so dauern trotzdem Rechte und Pflichten für das verbleibende Staatsgebiet. Entsteht ein neuer Staat, so kann dieser die Fortwirkung der alten Staatsverträge für sich nicht anerkennen, nachdem er gewaltsam das Princip ihrer Wirksamkeit und Entstehung in einer (auswärtig gewordenen) fremden Staatsgewalt zerstört hat. Eine Theilbarkeit der auf Handlungen oder Unterlassungen gerichteten Verpflichtungen wird ohnehin meistentheils unmöglich sein; nur bei den ehemals gemeinsamen Staatsschulden, deren Vortheile auch dem losgetrennten und selbstständig gewordenen Staatskörper zu gute kamen, läßt sich ein selbstständiger und fortwirkender Verpflichtungsgrund auch für den neugebildeten Staat annehmen. Wie indessen die Theilung der Staatsschulden zu bewirken, ob mit Rücksicht auf die Einwohnerzahl im Augenblicke der Trennung (was jedenfalls das Natürlichste erscheint) oder nach Maßgabe der Quadratmeilen in dem losgetrennten Gebiete, oder nach dem Vermögensstande der Bewohnerschaften — das sind Fragen, auf welche die Theorie des allgemeinen Völkerrechts keine überall passende Antwort hat, sondern die besonderen Vereinbarungen im einzelnen Falle bestimmend einwirken müssen.

(**Literatur.** Haas, Ueber das Repartitionsprincip der Staatsschulden bei Länderzerstückelungen, 1831.)

§. 18. Die Organe des äußeren Staatenverkehrs. Wenn die Staatsgewalt im Inneren zu ihrer Bethätigung einer Darstellung in persönlichen Kräften bedarf und ohne solche überhaupt nicht gedacht werden kann, so sind diese Subjecte der höchsten Staatsgewalt auch die berufenen und anerkannten Organe des völkerrechtlichen Verkehrs. Je nach der Verschiedenheit der Staats- und Regierungsformen sind dies entweder die Monarchen oder in den Freistaaten die höchsten ausführenden Regierungsbehörden in der Person eines Präsidenten (Nordamerika) oder als eine collegialisch eingerichtete Behörde (Schweiz). Einheit des Willens und der Handlung sind hier von besonderer Wichtigkeit; daher nur durch die höchsten Stellen der Staatsgewalt der unmittelbare Staatenverkehr rechtlich gehandhabt werden kann. Sonach bildet sich für jeden Staat im Verhältniß zu anderen Staaten eine doppelte Beziehung: die Regierung, im Innern vielleicht unverantwortlich, ist nothwendigerweise nach außen verantwortlich für eigene Handlungen und für die etwa von ihren Unterthanen ausgehenden Verstöße gegen die Rechtsordnung anderer Staaten, soweit nicht die verletzten Staaten sich selbst zu schützen berechtigt und befähigt sind. Andererseits muß auch das Volk in seiner Gesammtheit die Folgen tragen, wenn seine Regierung selbst gegen die Grundsätze des Völkerrechts frevelt. Die Unterscheidung zwischen Regierenden und Regierten hat für das Völkerrecht in dieser Beziehung keine Bedeutung. Recht und Pflicht sind untheilbar an den Staat in seiner Totalität gebunden.

Das in der höchsten Regierungsstelle ruhende Recht der äußeren Staatsvertretung (jus repraesentationis omnimodae) kann staatsrechtlich zwar nicht getheilt, wohl aber beschränkt sein. Entweder durch ein weitgehendes Recht der Zustimmung, nicht nur zu Staatsverträgen, sondern sogar zu den diplomatischen Ernennungen (wie bezüglich des Senates in der nordamerikanischen Union). Oder durch das Recht der Kammern, gewisse Vertragsabschlüsse zu genehmigen, wie insbesondere Zoll- und Handelsverträge. Oder durch den Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege, welcher den Souverän hindert, gewisse Rechtsansprüche des Auslandes, wenn sie streitig sind und in die Competenz der Landesgerichte fallen, eigenmächtig aus höchster Machtvollkommenheit zu entscheiden. Unter solchen Umständen kann ein Conflict entstehen zwischen dem völkerrechtlichen Repräsentationsrecht der Staatsgewalt und deren staatsrechtlichen Befugnissen. So, wenn ein Monarch, die

Grenzen seiner rechtlich bemessenen Gewalt überschreitend, dem Auslande gegenüber Verpflichtungen übernimmt und beispielsweise, während die Verfassung zu Veränderung der Staatsgrenzen die Genehmigung der Kammern verlangt, ohne Vorbehalt an das Ausland in Friedenszeiten freiwillig Gebietsstücke abtritt. Ob das Ausland aus solchen Machtexcessen Rechte erwerbe, oder ob es die staatsrechtlich geordnete und beschränkte Legitimation der höchsten Staatsorgane zu prüfen habe, ehe es in Verhandlungen eintritt, ist eine noch nicht gelöste Streitfrage, welche insbesondere da von Bedeutung wird, wo das Verfassungsrecht eines Staates selbst streitig geworden ist.

§. 19. Wechsel in den Subjecten der Staatsrepräsentation. Eine Prüfung derjenigen Umstände, aus denen die Innehabung der höchsten Staatsgewalt hergeleitet wird, steht jedenfalls fremden Staaten nicht zu. Für das Völkerrecht gibt es kein dynastisches Legitimitätsprincip. Ebenso wenig wie die Neubildung und der Untergang der Staaten einem allgemeinen Rechtsgesetze unterworfen werden kann, besteht eine überall anwendbare Norm für den Erwerb oder Verlust der höchsten Staatsgewalt. Nicht nur die Staaten, sondern auch die Staatsformen sind dem Wechsel geschichtlich wirkender Kräfte unterthan. Ob eine Verfassung zu Recht besteht, oder nicht, ist eine staatsrechtliche Frage. Wenn eine Republik zur monarchischen, eine Monarchie zur republikanischen Staatsform übergeht, so erscheint diese Thatsache im Völkerverkehr lediglich unter dem Gesichtspunkte der Freiwilligkeit in Handlung oder Duldung des dabei betheiligten Volkes. Sobald sich eine neue Form der Staatsgewalt in einer Veränderung ihrer Subjecte herausgebildet hat, entscheidet wiederum nur die Thatsache ihres nach vernünftigem Ermessen wahrscheinlichen Bestandes. Lediglich in diesem Sinne ist von einer Anerkennung einer neuen Regierung zu sprechen, deren Gewährung oder Vorenthaltung denjenigen Regeln folgt, welche bereits bei der Anerkennung neuer Staaten aufgestellt worden sind. Auch ehe an Stelle eines vertriebenen Herrschers ein neues Herrschaftsverhältniß sich definitiv festgesetzt hat, kann übrigens ein äußerer Staatenverkehr mit s. g. provisorischen Regierungen oder Regentschaften, wie nach der spanischen Septemberrevolution vom Jahre 1868, eingeleitet werden, wobei die Entscheidung über die endgültige Herrschaftsberechtigung vorbehalten erscheint. Daß jede neue Regierung unbedingt in Rechten und Pflichten ihrer Vorgängerin dem Auslande gegenüber eintritt, ist unbestritten.

Vollzieht sich der Wechsel in der Ausübung der Staatsgewalt im regelmäßig vorausgesehenen Gange periodischer Erwählungen oder einer monarchischen Thronfolge, so bedarf es keiner Anerkennung. Die Thatsache des vor sich gegangenen Personenwechsels wird einfach den auswärtigen Mächten notificirt. Alle Rechte und Pflichten des Staatenverkehrs werden übrigens in den Subjecten der höchsten Staatsgewalt personificirt; dieselben erscheinen, selbst wo sie vom Willen des Volkes materiell abhängig sind, als souverän; wenngleich nach der Praxis des wesentlich monarchisch gestalteten europäischen Staatensystems bisher nur den Fürsten die persönlichen Ehrenrechte der Souveränetät vielfach mit Unrecht beigelegt wurden. Der Präsident der Vereinigten Staaten hat äußerlich dieselbe Repräsentativstellung wie der Kaiser von Frankreich.

§. 20. Die subjectiven Grundrechte der Staaten. Schon aus dem rechtlich anerkannten Nebeneinanderbestehen mehrerer Staaten ergeben sich, die Thatsache eines in der Völkergemeinschaft nothwendigen Verkehres vorausgesetzt, gewisse einfache Rechtsbeziehungen von selbst. Da sie einer besonderen vertragsmäßigen Anerkennung zu ihrer Wirksamkeit und Geltung nicht bedürfen, kann man sie passend die subjectiven Grundrechte der Staaten nennen. Sie sind die ungeschriebene Verfassung der mit einander in weltgeschichtlich zusammenhängender Generation lebenden Culturvölker der Gegenwart. Die Verletzung und Störung dieser Grundrechte ist daher nicht nur ein verwerf-

licher Angriff auf den einzelnen davon betroffenen Staat, sondern gleichzeitig ein Verbrechen gegen das Princip der Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt. Wie durch das Criminalverbrechen in der Person eines verletzten Staatsbürgers ideell die Gesammtrechtsordnung Aller gestört wird, so erscheint in der Verletzung der subjectiven Grundrechte die Idee der in den Völkern lebenden Menschheit in ihrem Zusammenhange mit der Staatenwelt verletzt. Solche subjective Grundrechte sind: das Recht der Selbsterhaltung, der Unabhängigkeit, des Verkehrs nach außen, der Achtung.

§. 21. Das Recht der Selbsterhaltung eines anerkannten Staates und der in ihm wirkenden Staatsgewalt ergibt sich beweislos von selbst. Seine Schranke ist natürlich das gleiche Recht aller anderen Staaten. Daher eine von Anarchie bedrohte oder in innerer Auflösung begriffene Staatsgesellschaft kein Recht haben kann, etwa durch äußere Kriege oder Eroberungen den inneren Zerstörungsproceß zu heilen. Auch Selbstzerstörung ist ein Recht der Staaten; sie haben den Frevel gegen sich selbst und die Menschheit zu büßen. Ebenso muß ihnen freistehen, freiwillig auf ihre Selbstständigkeit Verzicht leistend, sich mit anderen Staaten zu verschmelzen und zu vereinigen. Wie die italienischen, so können auch die süddeutschen Staaten sich nach eigenem Ermessen mit anderen Staaten zusammenschließen.

Das Recht der Selbsterhaltung bezieht sich sowohl auf die einem Staat von innen, etwa durch Aufruhr, drohenden Gefahren, wie auch auf die Stellung des Staates zum Auslande. Hieraus ergibt sich beispielsweise, daß jeder Staat berechtigt ist, die auf seine innere Sicherheit bezüglichen Ausnahmegesetze (Verdächtigengesetze), vielleicht auch zum Nachtheil Fremder, zu erlassen, Festungen anzulegen an seinen Grenzen, Rüstungen und Truppenaufstellungen vorzunehmen, letzteres innerhalb der Grenzen eines dem Friedenszustande entsprechenden Maßstabes. Unmotivirte, ungewöhnliche und übermäßige Truppenanhäufung an den Grenzen eines fremden Staates würde als Act der Bedrohung aufzufassen sein.

§. 22. Recht der Unabhängigkeit. Das Recht der Unabhängigkeit (Souveränetät) bildet eine Voraussetzung der völkerrechtlichen Persönlichkeit; ihre Bewahrung ist also nichts anderes, als ein Theil der Selbsterhaltung. Ob sich die Unabhängigkeit eines Staates nach außen oder innen bethätigt, macht dabei keinen Unterschied. Selbstverständlich ist allerdings, daß die Unabhängigkeit jedes einzelnen Staates durch den Gemeinschaftszweck Aller beschränkt sein muß. Aus dem Grundrechte der Unabhängigkeit ist abzuleiten, daß jeder Staat seine inneren Angelegenheiten frei ordnen und gestalten darf. Keine Regierung schuldet dem Auslande Rechenschaft wegen ihres Verhaltens zu den eigenen Unterthanen; keine Nation ist verantwortlich für Mißgriffe und Irrthümer in ihren inneren Angelegenheiten. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß, völkerrechtlich betrachtet, jeder Staat befugt ist, seine Verfassung auf gesetzlichem oder ungesetzlichem Wege nach Gutdünken umzugestalten oder zu verändern. Schon daraus würde dies folgen, daß jeder Staat die nachtheiligen Folgen einer von seiner Regierung gegen das Ausland begangenen Rechtswidrigkeit zu tragen hat. Eine gegen den freien Völkerverkehr und die Anforderungen des Völkerrechts frevelnde Regierung zu beseitigen, kann daher als Verpflichtung des Staates gegen andere Staaten betrachtet werden. Dem Volke selbst steht hier nicht einmal mehr zu, als was im Falle ungesühnter Rechtsverletzung der Sieger auf dem Schlachtfelde erzwingen dürfte. Als unvereinbar mit dem Völkerfrieden ward 1814 und 1815 die Dynastie Bonaparte von dem französischen Kaiserthron entfernt.

In der Unabhängigkeit liegt auch, daß jeder Staat sich freiwillig durch Vertragsschließung anderen Mächten gegenüber binden kann. Und zwar kann dies bis

zu der Grenze geschehen, bis zu welcher der Begriff der Souveränetät überhaupt bestehen kann.

§. 23. Die Intervention in fremde Angelegenheiten. Das Recht der staatlichen Unabhängigkeit ist häufig verkannt und verleugnet worden. Am stärksten tritt dies hervor in den s. g. Interventionen, vermöge welcher ein Staat sich gewaltsam in die Angelegenheiten anderer Staaten einmischt und zwar entweder: 1) in dessen innere Verfassung oder 2) in dessen Beziehungen zu anderen Staaten.

Jede Einmischung in die Verfassung eines anderen Staates muß als völlig völkerrechtswidrig bezeichnet werden. Die Praxis seit 1815 ist reich an Interventionen, und auch die ältere Theorie hat sich angelegen sein lassen, ausnahmsweise ein s. g. Interventionsrecht zu rechtfertigen und als nothwendig darzuthun. Seit der französischen Revolution ist die Nothwendigkeit der Interventionen abwechselnd unter dem Titel der s. g. Solidarität entweder des Legitimitätsprincips oder der revolutionären Interessen verkündet worden. Von durchaus entgegengesetzter Seite wurde die Forderung erhoben, daß die Verfassungen der Staaten in einer gewissen Uebereinstimmung und wechselseitigen Rücksichtnahme erhalten werden müßten, wenn ein friedliches Nebeneinanderbestehen möglich sein solle: entweder absolut monarchisch oder demokratisch republikanisch oder in repräsentativer Beschränkung der obersten Gewalt.

Richtig ist zunächst, daß jeder plötzliche Umschwung oder Umsturz einer bestehenden Ordnung im Inneren eines Staates seine Wirkungen auch auf das Ausland zu erstrecken pflegt. Die die Parteien bildenden und bewegenden Ideen stehen in den verschiedenen Staaten nahezu in ebenso engem Zusammenhang, wie die Interessen und Bedürfnisse des materiell wirthschaftlichen Verkehrs. Der Bürgerkrieg im Inneren eines Staates kann trotz dessen geographischer Entlegenheit Störungen hervorrufen in dem ökonomischen Organismus anderer Staaten. Allein dies wechselseitige Bedingtsein bildet ein Fundamentalprincip des Völkerverkehrs und läßt sich durch gewaltsames Eingreifen überhaupt nicht abschneiden. Es ist Sache jedes einzelnen Staates, sich gegen solche Rückwirkungen zu schützen. Unmöglich aber ist zu fordern, daß eine in ihrem Verfassungsleben fortschreitende Nation sich durch das zurückgebliebene Culturleben anderer gewaltsam hemmen lasse oder daß ein verfallender Staat gewaltsam durch fremde Mächte aufrecht erhalten werde. Intervention entspricht in keiner Weise den Grundprincipien des freien Völkerverkehrs und hebt das Unabhängigkeitsrecht auf zu Gunsten der jeweilig überlegenen Macht. Indem man die Unvereinbarkeit der Interventionen mit dem Unabhängigkeitsrechte der Staaten begriff, suchte man allerdings die Fälle ihrer Anwendbarkeit zu beschränken und als Ausnahmen von der Regel hinzustellen. Es macht indessen für die Theorie keinen Unterschied, ob man die Fälle mehr oder weniger zahlreich hinstellt. Wesentlich für den Begriff einer Intervention ist ein angriffsweises und gewaltsames Eingreifen in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates zu dem Zwecke der Herstellung oder Aufrechterhaltung einer bestimmten Regierungsform oder Herrschaftsgewalt. Soll dieses s. g. Interventionsrecht eine selbstständige Bedeutung haben, so muß ferner vorausgesetzt werden, daß derjenige Staat, in dessen Angelegenheiten eine Einmischung stattfindet, nicht etwa seinerseits einen gewaltsamen, zur Abwehr berechtigenden Angriff auf einen anderen Staat vorher unternommen habe. Daher ist es keine Intervention, wenn in Folge eines an sich gerechtfertigten Krieges hinterher der Sieger Bürgschaften dafür verlangt, daß die Regierung des unterliegenden Staates dergestalt eingerichtet werde, daß sie die ihr auferlegten Verbindlichkeiten überhaupt zu erfüllen vermag. Hält man daran fest, so wird sich bei genauerer Prüfung der s. g. Interventionsfälle ergeben, daß bei der Zulassung

derselben meistentheils ein Mißverständniß obwaltete, indem man einen an sich ausreichenden Kriegsgrund, in dessen Verfolgung die Verfassung eines Staates Einwirkungen des Siegers sich gefallen lassen muß, hinterher als eine berechtigte Intervention bezeichnete. Erst in neuerer Zeit hat man mehr und mehr begriffen, daß durch die Annahme eines selbstständigen Interventionsrechts, welches sich nur auf die „Interessen" des intervenirenden Staates stützt, das Unabhängigkeitsrecht anderer Staaten hinfällig werden würde.

Insbesondere haben die englischen, nordamerikanischen und italienischen Schriftsteller der neueren Zeit vorwiegend gegen das Interventionsrecht sich erklärt. Der Grundsatz der Nichtintervention bezieht sich auch auf die Verwickelungen zwischen zwei souveränen Staaten. Keine Macht ist berechtigt, kriegführende Staaten gewaltsam zum Frieden zu zwingen. Das Recht der Parteinahme durch Bündnisse und Allianceen ist Niemand zu verwehren, obgleich dadurch sehr leicht die Intervention eines mächtigeren Staates verhüllt werden kann. Allein es ist doch von Wichtigkeit, daß der Grundsatz klar hingestellt wird: Auch die feindseligen Beziehungen zweier Staaten berechtigen keine dritte Macht, ihren eigenen Willen den streitenden Parteien aufzuerlegen. Sobald man dies anerkennt, wird man auch einsehen müssen, daß dann keine unzulässige Intervention stattfindet, wenn ein Staat der unbefugten Einmischung eines anderen hindernd entgegentritt. Denn der Grundsatz der Unabhängigkeit des Staates ist ein Princip des allgemeinen Völkerrechts, dessen Verletzung von jedem Staate gehindert werden darf. Aehnlich verhält es sich mit einem zweiten, herkömmlich citirten Falle der Einmischung: wenn durch Eroberung das europäische Gleichgewicht bedroht erscheint. Tritt in Wahrheit der Fall ein, daß gewaltsamer Ländererwerb eine bereits übermächtige Nation für die Nachbarstaaten bedrohlich und gefährlich machen würde, so würde die Selbsterhaltung, die nicht blos auf augenblicklich vorliegende und absichtlich verursachte Gefährdungen, sondern auch auf entferntere und wahrscheinliche Bedrohungen wachsam zu achten hat, einen Grund der Abwehr darbieten können. Auch hier bedarf es daher der Aufstellung eines besonderen Interventionsgrundes nicht. Unter den Mitteln der Einmischung pflegte die ältere Doctrin vier verschiedene Arten zu unterscheiden: 1) die Intervention im engeren Sinne, d. h. gewaltsames Dazwischentreten als Hauptpartei; 2) Cooperation, d. h. gewaltsames Einschreiten im Einverständniß mit der Regierung eines fremden Staates; 3) eventuelle Bedrohung durch Rüstung („bewaffneter Friede") und 4) freundschaftliche Intercession durch Rathschläge oder Vorstellung bei einer fremden Regierung. Der letzte Fall wird indessen mit Unrecht hierhergezählt. Eine Einmischung ist sicherlich nicht vorhanden, wenn eine Regierung auf die ihren freundschaftlichen Verkehrsbeziehungen nachtheiligen Folgen ihrer Handlungsweise vom Auslande aufmerksam gemacht oder im voraus gewarnt wird. Was die Cooperation anbetrifft, so ist es zweifelhaft, ob sie eine Einmischung darstelle. Einige Schriftsteller leugnen es, wofern die fremde Macht durch eine rechtmäßig bestehende und bereits früher anerkannte Regierung zur Unterstützung herbeigerufen wird. Richtiger ist es, auch hier eine unzulässige Einmischung anzunehmen, denn immer wird auf diesem Wege ein Volk verhindert, von seinem Unabhängigkeitsrechte auch gegen die eigene Regierung Gebrauch zu machen. Es wäre völlig unhaltbar, den geschehenen Sturz einer Regierung als Thatsache im Völkerverkehr anzuerkennen und gleichzeitig ein Recht zu behaupten, eine bedrohte Regierung gewaltsam aufrecht zu erhalten gegen deren Unterthanen.

(Literatur. Berner in Bluntschli's Staatswörterbuch, V, S. 354. Dazu neuerdings: Mill, A few words on intervention in seinen Dissertations and discussions political, philosophical and historical. — Vreede, Oratio de juris publici et gentium praeceptis a liberis Europae civitatibus adversus vim ac dolum fortiter tuendis, 1861 — Carnazza Amari, Sull' equilibrio degli stati, Catania 1868. — Hautefeuille, Le

principe de non intervention et ses applications, 1863. — Stapleton, Non intervention versus intervention or the foreign policy of great Britain, 1865.)

§. 24. Das Recht auf äußeren Verkehr ist aus derselben natürlichen Nothwendigkeit abzuleiten, welche zur wechselseitigen Anerkennung des rechtlichen Bestandes überhaupt antreibt. Unbedingt und unbeschränkt ist dies Recht: bezüglich der allgemein zugänglichen Verkehrswege, von denen keine Nation ausgeschlossen werden darf und bezüglich des Verkehrs solcher Staaten unter sich, welche vermöge ihrer Souveränetät pactiren können und deswegen das Widerspruchsrecht fremder Mächte ausschließen. Dagegen versteht es sich von selbst, daß kein Staat von einem anderen irgend ein seinen eigenen Verkehrszwecken allein dienliches Zugeständniß erzwingen darf. Das Unabhängigkeitsrecht jedes Staates bildet hier eine bereits anerkannte Schranke. Souveränen Staaten bleibt also unbenommen, in ihrer Gesetzgebung zu bestimmen, welche Gegenstände vom Handelsverkehre ausgeschlossen bleiben sollen, unter welchen Förmlichkeiten und an welchen seiner Verfügungsgewalt unterworfenen Orten der Verkehr zu gestatten ist. Eine grundsätzliche Abweisung alles Handels- oder Personenverkehrs würde indessen mit den Grundlagen des europäischen Völkerrechts unvereinbar sein. Uebrigens bietet die Frage, wie weit außerhalb eines etwa vereinbarten Vertragsrecht der Verkehr zwischen zwei Staaten als rechtmäßig zu erachten sei, nur ein höchst untergeordnetes, rein abstract doctrinäres Interesse, seitdem die neuere Politik überall darauf Bedacht genommen hat, durch Handels-, Schifffahrts- und Consularverträge den Verkehr zu erleichtern und zu befördern. Die ostasiatischen Staaten sind indessen mehrfach durch Krieg zum Handel mit dem Auslande gezwungen worden.

§. 25. Das Recht auf Achtung geht weiter, als die bisher erörterten Grundrechte des Staatenverkehrs. Selbsterhaltung, Unabhängigkeit und äußerer Verkehr sind die Grundlagen des Staatsbestandes selbst. Dagegen braucht eine im einzelnen Falle bezeigte oder hingenommene Mißachtung noch nicht das materielle Bestehen eines Staates in Frage zu stellen. Wie aber der einzelne Mensch seiner gesammten sittlichen Natur dadurch Anerkennung verschafft, daß er jeden Eingriff in die berechtigte Willenssphäre zurückweist und strafrechtlich im Staate wahrt, so ist auch der Staat darauf angewiesen, die Freiheit seines Willens in allen seiner Verfügung unterworfenen Stücken gegen Eingriffe zu vertheidigen. Schwäche eines Staates gegen die Uebergriffe eines Nachbars beraubt ihn seiner sittlichen Geltung. Nicht nur als physisch lebensfähige, sondern auch als sittlich freie Körper erkennen sich die Staaten in der Völkergemeinde wechselseitig an. Hieraus ergibt sich, daß jeder souveräne Staat das Recht hat, die Unterlassung alles dessen von anderen Staaten zu verlangen, was als ein Eingriff in die Sphäre seiner Handlungsfreiheit oder seiner ihm eigenen Persönlichkeit erscheinen muß. Die Verstöße und Zuwiderhandlungen gegen das Recht auf Achtung werden vielfach zusammenfallen mit einer Verletzung der Unabhängigkeitsrechte. Dennoch ist dies keineswegs in dem Maße der Fall, daß man das Recht auf Achtung für entbehrlich halten könnte zur Aufrechterhaltung einer rechtlich geordneten Staatengesellschaft.

Die Achtung, welche der Staat von anderen Staaten verlangen darf, und deren Verletzung ein völkerrechtliches Delict darstellen würde, bezieht sich:

1) Auf die Insignien und Symbole der staatlichen Würde, auf seine Wappen Flaggen und Fahnen, soweit dieselben etwa im Bereiche des Auslandes zu finden sind. Jeder Staat hat das Recht, sich in solchen äußeren Abzeichen ein sinnlich wahrnehmbares Bild seiner Majestät vorzusetzen. Eine Beschimpfung der Staatsinsignien wäre eine Beleidigung des Staates in effigie.

2) Auf die höchsten Staatsorgane selbst.

3) Auf das Verhältniß der Staatsgewalt zu den ihr untergebenen Staatsbürgern. Jede Aufreizung der letzteren gegen die Behörden würde mit einem auf Achtung beruhenden Staatenverkehr unverträglich sein. Wie aber das Recht auf wahrheitsgemäße Aeußerung der Meinungen und Darstellung der Thatsachen nirgends durch allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern höchstens ausnahmsweise durch Privilegien (wie gegenüber dem Staatsoberhaupt) ausgeschlossen oder beschränkt sein sollte, so versteht sich von selbst, daß ein völkerrechtswidriges, die Menschlichkeit verletzendes Verhalten einer Regierung auch durch befreundete Staaten öffentlich gerügt werden darf, ohne daß die Consequenz eines bei den Unterthanen etwa erhöhten Mißvergnügens irgendwie ins Gewicht fiele. Von besonderer Wichtigkeit erscheint indessen die Beziehung der Staatsgewalt zu ihren im Auslande selbst lebenden Unterthanen. Jede rechtswidrige Behandlung, jede willkürliche Verletzung des Fremden verstößt gegen den Anspruch auf Achtung. In der Person des einzelnen Staatsbürgers erscheint der Staat selbst verletzt.

4) Auf das Verhältniß der Staatsgewalt zum Staatsgebiet.

§. 26. Ehrenrechte der höchsten Staatsgewalt, insbesondere der Monarchen. Die Träger der Staatsgewalt, welche die Repräsentanten des staatlichen Willens auch nach außen sind, müssen in ihrer Person auch Empfänger derjenigen Achtungsbezeigung sein, welche im Verkehr der Staaten positiver Ausdruck des freundschaftlichen Verkehrs sind. Die europäische Staatspraxis hat daher ein diesem Zwecke dienliches Ceremonialrecht im Laufe der Jahrhunderte entwickelt. Dasselbe ist insofern Ausdruck einer älteren Zeit, als darin Unterscheidungen nach Rang und Würde sich abspiegeln, welche nicht ganz in Uebereinstimmung stehen mit dem Grundsatze der Rechtsgleichheit souveräner Staaten nebeneinander. Diese Abstufungen treten hervor in den Titeln der Monarchen, in der Reihenfolge des Papstes, der Könige und Kaiser (zwischen welchen ein Vorrang nicht besteht), der Großherzöge und Herzöge. Die durch die bisherige Praxis als üblich festgehaltenen Achtungszeichen und Begrüßungsformen pflegt man als „königliche Ehren“ zu bezeichnen. Selbstverständlich ist die Einräumung der herkömmlichen Titulaturen im Staatenverkehr, deren eigenmächtige Erhöhung ohne Zustimmung oder Anerkennung der anderen Staaten nach einem Protocolle des Aachener Congresses ausgeschlossen wird. Der verwandtschaftliche Zusammenhang unter den europäischen Höfen hat bewirkt, daß auch den Familien der Monarchen, insbesondere wiederum den Gemahlinnen und den Thronfolgern gewisse Ceremonialrechte und Höflichkeitsansprüche zuerkannt werden. Zu einer Pflege der guten Beziehungen unter monarchisch regierten Staaten erscheint dies auch keineswegs überflüssig. Nur darf man nicht sagen, daß die Vernachlässigung solcher Höflichkeitsvorschriften eine Verletzung des Völkerrechts darstelle. Uebrigens haben auch die Vertreter republikanischer Staaten Anspruch auf die Erweisung „königlicher Ehren“.

Daß zwischen den Höflichkeitsgebräuchen gegen die Mitglieder der Herrscherhäuser und den Rechtsansprüchen eines Souveräns gegen das Ausland ein grundsätzlich wichtiger Unterschied gemacht werden muß, zeigt sich beispielsweise in der Exterritorialität reisender Monarchen. Nur ihnen steht diese Befreiung zu, oder solchen Staatsorganen, welche von Souveränen abgeleitete Befugnisse im Auslande zu repräsentiren haben: Kriegsschiffen in fremden Häfen, Armeen auf dem Durchmarsch durch einen befreundeten Staat, und vor allen Dingen Gesandten, welche als ständige Vertreter der Staaten oder Monarchen im Auslande fungiren. Diese ausnahmsweise Befreiung von der Gerichtsgewalt bedeutet, daß durch erzwungene Unterwerfung eines Repräsentanten auswärtiger Mächte das Unabhängigkeitsrecht derselben wenigstens ideell verletzt sein würde.

§. 27. Die Rechte und Pflichten der Fremden. Von großer und weitreichender Bedeutung in der Gegenwart sind die Rechtsverhältnisse der Fremden. Wir

haben bereits gesehen, daß willkürliche und gesetzwidrige Behandlung der Ausländer den Staat verantwortlich macht. Allein es fragt sich, nach welchen Grundsätzen überhaupt Fremde zu behandeln sind? Gerade in diesem Punkte zeigt sich die Durchdringung der nationalen und kosmopolitischen Grundidee des Völkerrechts. Zunächst haben wir als eins der größten culturgeschichtlichen Ergebnisse vor Augen: Der Fremde ist nach europäischem Völkerrecht nirgends mehr rechtlos; er ist privatrechtlich gleichgestellt dem Einheimischen, nicht nur zu seinem eigenen Vortheil hat der Fremde dies Recht, sondern im Gesammtinteresse Aller, deren wirthschaftliches Leben nicht mehr an die Grenzen des Staates geknüpft ist, so wie Aller, welche überhaupt von ihrer Heimath aus mit dem Auslande verkehren. Auf der anderen Seite steht bis jetzt fest, daß jede positive Rechtsordnung überall nationale Färbung an sich trägt. Die Forderung des Völkerrechts kann daher in Anerkennung dieser kosmopolitischen und nationalen Elemente des Rechtslebens nur diese sein: daß der Fremde in Gemäßheit der Gesetze des Landes, in welchem er sich aufhält, seinerseits sich benehme und hinwiederum nach den Gesetzen des Landes behandelt werde und zwar in der privatrechtlichen Gleichstellung mit Einheimischen.

Mit diesem Grundsatze ist noch nicht entschieden: welche Rechtsnormen auf die Verhältnisse der Ausländer anzuwenden sind, die unter der Herrschaft verschiedener Gesetzgebungen entstanden oder verwirklicht werden. Diese Regeln der materiellen Entscheidung gehören überhaupt nicht in das Völkerrecht. Von Wichtigkeit ist indessen die Anerkennung der Territorialität in der Rechtspflege und Gesetzesanwendung. Durch die territoriale Beziehung des Rechtes wird der Fremde befugt und verpflichtet. Eine Ausnahme gilt nur für die Türkei und die orientalischen außerhalb des europäischen Völkerrechtsgebiets stehenden Staatswesen. In diesen ist den Fremden d. h. den Unterthanen europäischer Mächte vertragsmäßig Exterritorialität zugesichert.

In die territoriale Handhabung des Gesetzes kann sich keine auswärtige Macht einmischen. Erst wenn die Regierung eines Staates gegen einen Fremden dasjenige Recht verletzt, welches sie selbst als maßgebend und verpflichtend hingestellt hat, entsteht das Recht des auswärtigen Staates, dieses seinen Angehörigen zugefügte Unrecht zu dem seinigen zu machen und Abhülfe zu verlangen. Denn neben dem territorialen Unterwerfungsverhältniß zur fremden Rechtsordnung bindet den Ausländer auch ein personales Unterwerfungsverhältniß an seine eigene Staatsordnung und deren Organe.

Der Entwickelung der Zukunft ist hier noch vieles vorbehalten. Zunächst ist eine allgemeine Uebereinstimmung in den Grundsätzen des s. g. internationalen Privatrechts, mindestens in der Vorfrage: welches Gesetzrecht überhaupt bei collidirenden Gesetzgebungen anzuwenden ist, im höchsten Maße wünschenswerth. Sodann ist auch daran zu erinnern, daß mit der Privatrechtsgleichheit der Fremden dennoch mancherlei Unsicherheiten gepaart sein können. Privatrecht und öffentliches Recht, durch die Begriffsbestimmungen der römischen Jurisprudenz und der neueren Philosophie von einander geschieden, hängen bei vielen Völkern noch miteinander zusammen. Die Türkei und England betrachten den Erwerb von Grundbesitz wesentlich als öffentlich rechtlichen Erwerb. An den großen Grundbesitz können persönliche Leistungen und politische Functionen geknüpft sein, zu welchen der Ausländer nicht befähigt ist. Anderwärts kann Kauf und Verkauf von Immobilien lediglich aus dem Gesichtspunkte des privatrechtlichen Vermögensverkehrs betrachtet werden. Aehnliche Unsicherheit herrscht in Beziehung auf die Uebernahme gewisser Lasten und Steuern durch Ausländer; selbst in den Punkten fehlt es an Uebereinstimmung: wie weit ein Staat für berechtigt gelten kann, die im Auslande vom Ausländer gegen ihn begangenen Verbrechen seiner Strafgerichtsgewalt hinterher zu unterwerfen? bis zu welchem Maße er verpflichtet ist, Klagen der Ausländer gegen andere Ausländer vor seinen Civil=

gerichten entscheiden zu lassen? Schon die oberflächlichste Beobachtung der neueren Verkehrsentwickelung zeigt, daß die Privatrechtszwecke der Einzelnen und die Aufgabe des strafrechtlichen Schutzes gegen Verbrechen der Ausländer und der eigenen Unterthanen niemals durch die Anstrengungen eines Staats allein erfüllt werden können. Das Zusammenwirken aller wird somit zur Nothwendigkeit. Dennoch wird der Staat durch die Unzulänglichkeit seiner Mittel niemals berechtigt, über die territorialen Grenzen seiner Competenz hinaus einen Act der Executive oder der Rechtspflege zu vollstrecken. Nur in dem Vertragsrechte und einer planmäßig vereinbarten Zusammenwirkung in der Wahrung der Rechtsinteressen kann den vorhandenen Mängeln abgeholfen werden.

(Literatur: Story, Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic. 1834. — Bär, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1862. — Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 1861. 4 Bde. — Bonfils, De la compétence des tribunaux français à l'égard des Etrangers, 1865. — Th. Eyssel, De regtsmagt over vreemdelingen in Nederland, 1864. — J. Westlake, A treatise on private international law, or the conflict of laws, with principal reference to the practice in the English and other cognate systems of Jurisprudence, 1858.)

§. 28. Die nationale Qualität der Staatsbürger. Von Hause aus ist eine Staatsgewalt nur befugt, das ihren eigenen Unterthanen im Auslande widerfahrene Unrecht, wenn gerichtliche Abhülfe in dem geordneten Instanzenzug nicht zu erlangen ist, zur eigenen Angelegenheit zu machen und auf dem diplomatischen Wege Abhülfe zu verlangen. Im Streitfalle ist deswegen ein zweifelhaft gewordenes oder angefochtenes Unterthanenverhältniß zu Activlegitimation der reclamirenden Regierung nachzuweisen. Die Gründe, aus denen das Staatsbürgerrecht erworben und verloren wird, sind indessen, wie bereits früher bemerkt wurde, in den einzelnen Staaten verschieden. Insbesondere entstehen Conflicte dadurch: daß ein mehrfaches Unterthanenverhältniß einer und derselben Person vorkommen kann (sujet mixte), daß einzelne Staaten Naturalisation gewähren nur im Hinblick auf die Entlassung aus dem früheren Staatsverbande, andere dagegen nicht. Im Zusammenhange mit der großartigen Entwickelung der überseeischen Auswanderung steht die Thatsache, daß vielfach solche Personen, welche ohne Erlaubniß oder in der Absicht, sich dem Wehrdienste zu entziehen, auswandern vor Lösung ihres Unterthanenverhältnisses ein Staatsbürgerrecht erwerben. Zwischen der nordamerikanischen Union einerseits und mehreren europäischen Staaten andererseits sind erhebliche Schwierigkeiten entstanden, wenn trotz eines später in der Union erlangten Bürgerrechts Rückkehrende zur Ableistung des Heerdienstes herangezogen wurden. Die Völkerrechtspraxis hat ein großes Interesse daran, daß dieser durch eine Verschiedenheit der Naturalisationsgesetze verursachte Conflict beseitigt und die Unterthanenqualität zweifellos festgestellt werde. Die einzig consequente Lösung der in der neueren Zeit sich mehrenden Schwierigkeiten ist darin zu finden: daß nur ein einfaches Unterthanenverhältniß anerkannt wird, daß die Qualität der Eltern (nicht der Ort der Geburt) für den unmittelbaren Erwerb entscheidet und daß jede spätere Naturalisation das frühere staatsbürgerliche Verhältniß ipso jure aufhebt, vorbehaltlich etwa der Strafen, welche durch den Bruch des früheren Unterthanenverbandes von Dienstpflichtigen verwirkt werden können. Vorläufig hat man sich damit begnügt, die unmittelbaren Streitpunkte ohne näheres Eingehen auf das Princip zu regeln. In dieser Hinsicht verdient der Vertrag zwischen dem Norddeutschen Bunde und der nordamerikanischen Regierung (23. Februar 1868) als ein auch von den süddeutschen Staaten in besonderen Vertragsschlüssen befolgter Präcedenzfall allgemeinere Beachtung. Zur Vermeidung völkerrechtlicher Conflicte erscheint überdies für Bundesstaaten eine allgemeine gleichmäßige Naturalisationsgesetzgebung nothwendig. Da die Bundesgewalt die Rechte der Staatsangehörigen im Auslande vertreten soll, kann sie nicht zugeben, daß die

particulare Gesetzgebung eines der verbündeten Staaten sich in Widerspruch setze zu den allgemeinen Verkehrsregeln.

Uebrigens beginnt das Völkerrecht bereits auch in dieser Lehre von höheren menschlichen Zweckbestimmungen beeinflußt zu werden. Man erkennt an, daß gewisse Menschenrechte ohne Rücksicht auf die nationale Qualität der Personen gemeinsam gegen Verletzungen vertheidigt werden müssen. Eine ganze, an Zahl nicht unerhebliche Classe von Personen gehört wenigstens für eine bestimmte Zeit gar keinem staatsbürgerlichen Verbande an. Hierher sind nämlich die Auswanderer zu zählen, welche aus ihrem früheren Staatsverband entlassen sind und noch kein neues Staatsbürgerrecht erworben haben. Der Schutz der Auswanderung gegen Ausbeutung und Mißhandlung muß als eine Aufgabe des neueren Völkerrechts anerkannt werden. Staatenlose Individuen sollten gegen frevelhafte Verletzung durch jeden völkerrechtlich anerkannten Staat geschützt werden dürfen. Im Princip ist dies zuerst anerkannt, als man den Sclavenhandel zu verbieten und als Völkerrechtsverbrechen zu bestrafen begann. Kaum ist indessen nach der Aufhebung der Sclaverei in Nordamerika das Uebel des Negerhandels nahezu unterdrückt, so beginnt in der s. g. Anwerbung chinesischer und indischer Handarbeiter (Kulis) unter veränderter Form ein neuer mit schweren Mißbräuchen verbundener Menschenhandel sich an den Küsten des stillen Oceans zu entfalten. Die Sicherung dieser Hülflosen, die von ihrer eigenen Heimath aus einen Schutz gegen empörende Mißhandlungen nicht zu erlangen vermögen, ist Sache des Völkerrechts. Selbst gegen die eigene Regierung dürfen in äußersten Nothfällen deren schwer und unmenschlich bedrückte Unterthanen wenigstens mit friedlichen Mitteln vertheidigt werden. Grotius und die älteren Völkerrechtslehrer gingen sogar soweit, in der unmenschlichen Behandlung, namentlich auch in der religiösen Verfolgung der Unterthanen einen Interventionsgrund zu finden. Eine gewaltsame Einmischung würde indessen, abgesehen davon, daß sie nur zu leicht zu einem Vorwande für eigennützige Zwecke benutzt werden könnte, mit dem Grundsatze der Unabhängigkeit nicht zu vereinbaren sein. Dagegen ist es durchaus zu billigen, daß gerade in neuester Zeit die europäischen Mächte aus Anlaß der ehemals neapolitanischen Gefängnißzustände, des im Kirchenstaate unter Berufung auf kanonisches Recht vollzogenen Kinderraubes und der Judenverfolgungen in den Donaufürstenthümern sich bewogen gefunden haben, in friedlicher Weise bei den beschuldigten Regierungen Vorstellungen zu erheben, deren Mißachtung immerhin den Erfolg haben kann, das freundschaftliche Verhältniß der am Rechte frevelnden Regierung zu den Nachbarstaaten zu trüben. Auch den Unterthanen der ottomannischen Pforte sind durch die völkerrechtlichen Verträge Bürgschaften gegen eine nachtheilige Behandlung durch die Regierung wiederholentlich gewahrt worden. Die Gefahr einer die Unabhängigkeit der Staaten bedrohlichen Intervention ist eine völlig verschwindende, wenn in solchen Fällen einer die Menschlichkeit verletzenden Handlungsweise nicht ein einzelner Nachbarstaat, sondern die Gesammtheit der europäischen Culturmächte dem Eigensinn einer auf rohe Gewalt gegen die eigenen Unterthanen bedachten Regierung, gemeinsam entgegentritt. Auch in dem letzten Aufstand der Kretenser ist die ottomanische Pforte mehrmals zur Menschlichkeit ermahnt worden.

(**Literatur:** Nicot, Etude historique sur la naturalisation, 1868. — Westlake, De la naturalisation et de l'expatriation ou du changement de nationalité (Revue de droit international, 1868, p. 102. — Yeaman, Allegiance and citizenship, An inquiry into the claim of European governments to exact military service of naturalized citizens of the U. S., 1867. — Ch. Munde, The Bancroft Naturalization treaties with the German states, 1868. — Maclean, De jure emigrandi, 1869.

III. Das Staatsgebiet und die internationalen Verkehrswege.

§. 29. Das Staatsgebiet im Verhältniß zur Staatsgewalt. In dem Grundrecht auf Achtung liegt der Anspruch, die besondere Rechtsverfügung der Staatsgewalt in Beziehung auf das Staatsgebiet nicht zu beeinträchtigen. Die Vornahme von Herrschaftsacten in einem fremden Gebiete ist — wenn damit nicht eine Bedrohung der Unabhängigkeit verbunden war — unter allen Umständen beleidigend. Ueberschreitung der Staatsgrenzen durch Beamte zum Zwecke der Vornahme von Amtshandlungen verpflichtet deswegen gegen den fremden Staat zur Genugthuung. Nur durch Verträge können im allgemeinen Verkehrsinteresse Ausnahmen statuirt werden. Andererseits unterliegen vom Standpunkte des Auslandes alle in einem Staatsgebiete befindlichen Personen und Sachen regelmäßig der Verfügungsgewalt der Staatsregierung, soweit als nicht das Privat- oder Völkerrecht eine Schranke gegen die Willkür gezogen haben. Insbesondere gilt dies auch von der Benutzung der Verkehrswege im Innern des Staates, soweit sie diesem ausschließlich angehören. Eine völlige Fernhaltung der Fremden vom Staatsgebiete wäre, wie bemerkt, mit dem Princip des Völkerrechts unvereinbar; aber der Staat kann im Interesse seiner Sicherheit Erschwerungen einführen. Er kann gegen ansteckende Krankheiten Quarantäne in den Häfen anordnen, er kann eine sorgfältige Revision gegen den Schmuggel ins Leben rufen, er kann schwerfällige Paßvorschriften in seinem Gebiete oder an der Grenze handhaben, er kann aus polizeilichen Gründen Fremde ausweisen aus dem Staatsgebiete oder aus Grenzdistricten entfernen. Wenn der Staat in Beziehung auf das räumlich ihm unmittelbar unterliegende Gebiet mit verbindlicher Kraft gegen das Ausland beschließen kann, so gilt dies auch für seine entlegenen Besitzungen und für seine Colonien. Die ungeheure Entwickelung der modernen Verkehrsanstalten hat indessen nach und nach den Gedanken gänzlich zurückgedrängt, wie man Fremde innerhalb des Staatsgebiets überwache, oder selbige gar fernhalte. Paßplackereien der Fremden im Staatsgebiete gelten bereits als unanständig im völkerrechtlichen Verkehr, während sie vor fünfzig Jahren natürlich schienen. Die Geschichte lehrt, daß mit der zunehmenden Sicherheit der Staatsgrenzen gegen Kriegführungen oder räuberische Ueberfälle, mit dem Uebergange der Finanzpolitik zu einem freihändlerischen System, mit der Zunahme der Verkehrsstraßen die Würdigung der Fremden einen Umschwung erleiden muß. Anfangs ein Feind und Gegner, wird der Ausländer in dem Vorstellungskreise der Nationen allmählig zu einem Verdächtigen und am Schlußpunkte der wirthschaftlichen Cultur zum begehrten und geworbenen Gast.

§. 30. Die Staatsgrenzen. Ausland und Inland scheiden sich in sinnlich wahrnehmbarer Weise durch die Staatsgrenze, deren Bestimmtheit für den Völkerfrieden von großer Bedeutung ist. Ihrer Art nach sind die Grenzen entweder physische, d. h. von der Natur selbst gebildete Merkzeichen der Scheidung: Küsten- oder Steppensaum, Höhenzüge, ein Stromlauf. Oder sie sind conventionelle, d. h. von Menschenhand errichtet als Symbole der Trennung: Grenzsteine, Erdhaufen, Schlagbäume, Gräben.

Häufig wird, wo die Grenze nicht unübersteigliche Verkehrshindernisse, wie bei den höchsten Gebirgsketten darbietet, beides zusammentreffen. Im Stromlaufe versteht man als Grenze zwischen den Uferstaaten die ideelle Mittellinie, welche auch nach Veränderung des Flußbettes bleibt.

Staatsgrenzen können streitig werden, wie die Grenzen unter Grundstücken im Privatverkehr. Früher häufig Veranlassung zu Kriegen, werden Grenzstreitigkeiten, da sie sich bei dem urkundlichen Material der Staatsverträge in Europa immer nur auf

geringfügige Objecte beziehen können, meistentheils durch Schiedsspruch oder Vergleich beigelegt. Oefters gebrauchte Mittel der Lösung in solchen Fällen, in denen die ursprünglich vorhanden gewesene Begrenzung aus einer später eingetretenen Verdunkelung nicht mehr vermittelt werden kann, sind: Neutralitätserklärung des streitigen Gebietes oder Theilung. Für die Geschichtsphilosophie und die Politik ist das Thema der staatlichen Begrenzung von hoher Wichtigkeit. Daß eine unpassende Begrenzung, welche entweder die natürliche Wirksamkeit des Staates in seiner inneren Entwickelung hemmt, oder ihn zu übermäßigen Anstrengungen im Interesse seiner Vertheidigung gegen das Ausland zwingt, ein dem friedlichen Völkerverkehr feindliches Moment bilde, läßt sich nicht bestreiten. Im übrigen kennt das Völkerrecht weder eine Theorie der natürlichen, noch auch der rein nationalen Begrenzung.

§. 31. Beschränkungen der Gebietshoheit. Das Verhältniß der Staatsgewalt zum Staatsgebiet hat man vielfach als internationales Eigenthum anerkannt, um damit volle Verfügungsberechtigung auch gegenüber anderen Staaten, und noch viel mehr die Ausschließlichkeit gegen fremde Mächte auszudrücken. Internationales Eigenthum wäre daher der Ausdruck für dasjenige Machtverhältniß der Staatsgewalt zu einem Theile der Erdoberfläche, welches auf der gemeinsamen Anerkennung der in Völkerrechtsgemeinschaft lebenden Staaten beruht. Daß der Staat auch dem Auslande gegenüber vermögensrechtliche Persönlichkeit als Fiscus an sich trägt, ist selbstverständlich und ohne irgend ein besonderes Interesse unter gewöhnlichen Verhältnissen. Soweit er von anderen Staaten Objecte des Handels oder vermögensrechtlichen Austausches erwirbt, gelten die gewöhnlichen Regeln des Civilrechts. Nur im Kriege kommen bezüglich des Erwerbs an gewissen, dem Feinde gehörigen Gegenständen besondere Regeln zur Anwendung, die in einer umfassenden Lehre des internationalen Eigenthums darzustellen sein würden. Wir beschränken uns hier auf den Erwerb an Staatsgebiet, welcher Gegenstand völkerrechtlicher Anerkennung sein kann.

Zuvor ist indessen mit Beziehung auf das Wesen des internationalen Eigenthums zu bemerken, daß dessen Inhalt in doppelter Weise beschränkt sein kann: Erstens nämlich durch das Nachbarschaftsverhältniß und den Gesellschaftszustand der Staaten, der eine die Coëxistenz der Nationen ausschließende Gebrauchsfolgerung aus dem Staatseigenthum nicht ertragen könnte und sodann durch den freien Willen des Staates selbst, welcher sich aus Nützlichkeitsrücksichten gegen andere Staaten Beschränkungen auferlegt, oder in der Absicht einer Rechtseinräumung an andere gefallen läßt.

Abgesehen von einer in neuerer Zeit nur selten vorgekommenen pfandweisen Belastung des Staatsgebiets, vermöge welcher ein auswärtiger Regent Pfandbesitzer an einem Gebietsstücke sein könnte, abgesehen ferner von dem ebenfalls unwichtig gewordenen Verhältniß der Belehnung, wodurch ein gewisses übrigens mit der Souveränetät verträgliches Abhängigkeitsverhältniß der einen (monarchischen) Staatsgewalt von der anderen herbeigeführt werden könnte, sind hier nur die Staatsservituten von Wichtigkeit. Ein Staat erlangt die Berechtigung, zu gewissen in dem Gebiete eines anderen Staates vorzunehmenden Acten der Regierungsgewalt, so daß man in diesem Sinne von dienenden und herrschenden Staatsgebieten sprechen könnte. Ihrem Inhalt nach können solche Dienstbarkeiten in der Nichtvornahme an sich zulässiger Herrschaftsacte gegenüber dem Auslande, oder in einer Duldung eines auswärtig verfügten Herrschaftsactes bestehen. Die genauere Feststellung der völkerrechtlichen Servituten ist nicht ohne Wichtigkeit. Zunächst ist nämlich daran zu erinnern, daß die Abgrenzung einer Servitutleistung von einer staatspersönlichen Präslation keineswegs auf derselben Grundlage geschehen kann, wie im Privatrecht etwa obligatorische Verhältnisse sich von Personalservituten und letztere wie-

derum von Realservituten unterscheiden lassen. Der Unterschied liegt hier nämlich darin, daß dies Staatsgebiet selbst untrennbar mit der völkerrechtlich anerkannten Persönlichkeit des Staates zusammenhängt, sogar selbst ein Element dieser Persönlichkeit ausmacht. Daher in der privatrechtlichen Servitutenlehre der Unterschied zwischen Real- und Personalservituten, welcher aus der Gegenüberstellung von Person und Sache hervorgeht, eine ganz andere, auf Staats- und Völkerrecht nicht übertragbare Grundlage hat. Dennoch ist es nicht ganz ohne Interesse für die Theorie, ob man bei den völkerrechtlichen Servituten die Analogie der realen oder personalen Privätdienstbarkeit festhalten würde. Der Unterschied würde sich nämlich zeigen in der Lehre von dem Untergang der Staaten. Das Gebiet eines Staates kann geographisch schwerlich untergehen, wohl aber endet die historische, individuell bestimmte Staatspersönlichkeit, wobei die Frage aufgeworfen werden könnte, ob die völkerrechtlichen Servituten (als dinglich gedacht) auf den neugebildeten Staat übergehen oder (als persönlich aufgefaßt) mit dem alten Staate enden.

Viele Staatsservituten werden übrigens im internationalen Verkehr zu dem Zwecke constituirt, daß nicht sowohl eine fremde Staatsgewalt unmittelbar daraus einen politischen Machtzuwachs erhalte (wie etwa bei der stipulirten Nichtbefestigung gewisser Grenzplätze oder den an gewissen Orten einer auswärtigen Macht eingeräumten Besatzungsrechten) als vielmehr den Unterthanen einer fremden Macht wirthschaftliche Vortheile dauernd gesichert werden sollen. Wenn hier auch der berechtigte Staat sich selbst eine Servitut einräumen läßt, so sind es doch seine Unterthanen, denen die Ausübung zusteht. Als ein Beispiel darf man die internationalen Fischereigerechtsame der Amerikaner und Franzosen in den Gewässern von Neufoundland anführen.

§. 32. Originärer Erwerb von Staatsgebiet. Die völkerrechtlich anerkannten Erwerbsgründe sind entweder originäre oder derivative wie im Privatrecht, im friedlichen Verkehr anerkannte oder durch den Krieg unter den streitenden Theilen zugelassene. Unter den letzteren bildet die Eroberung den wichtigsten, in der neueren Literatur indessen angefochtenen Fall. Gewaltsame Eroberung wird insbesondere im Zusammenhang mit dem s. g. Nationalitätsprincip verworfen, wofern sie nicht etwa als das durch allgemeine Abstimmung zu ergänzende Mittel der Befreiung einer bis dahin unterdrückten Nationalität angewendet wird. Unter den originären Erwerbsarten von Staatsgebiet bedeutet die etwa als unvordenklicher Besitzstand aufzufassende Acquisitivverjährung so gut wie gar nichts. Auch die Accession hat keine irgendwie erhebliche Bedeutung. Doch gilt der Satz: daß Anspülungen von Land an der Küstengrenze eines Staates oder an einer Strommündung dem Staatsgebiete zuwachsen. Auch auf Inselbildungen in einem Grenzstrome oder innerhalb der Küstengewässer eines Staates kann Accession Anwendung finden. Von großer und gewaltiger historischer Bedeutung in der Ausbildung des modernen Staatensystems war indessen die Occupation an neuentdeckten Landstrichen. Die gesammte Staatenbildung der neuen Welt, in Amerika und Australien, beruht auf Occupation, welche auch vielfach unter der Bezeichnung als Entdeckungsrecht vorkommt. Zu mißbilligen ist dies deswegen, weil aus der bloßen Entdeckung einer bis dahin unbekannten Weltgegend kein Besitzrecht eines Staates herzuleiten ist, und andererseits, weil an der Besitzergreifung eines bereits von Anderen entdeckten, aber nicht besessenen Landes kein Staat gehindert ist. Das historische Interesse an diesem s. g. Entdeckungsrechte lag früher in der Behauptung, daß wer ein neues Land aufgefunden, mit der Besitznahme eines Punktes auch als Ganzes ein unermeßliches Landgebiet sich erworben habe.

Da nach und nach das culturfähige Land der Erdoberfläche, welches von den Meeresküsten aus leicht zugänglich ist, in das Eigenthum bestimmter Staaten übergegangen ist

und die noch zu machenden geographischen Entdeckungen vorwiegend nur den Interessen der Wissenschaft dienen dürften, so wird von der Occupation an neuen Gebietstheilen kaum noch ein irgendwie bedeutender Gebrauch gemacht werden können. Dennoch darf man nicht sagen, daß die Occupation aufgehört habe, praktisch zu sein. Kleinere Occupationen, z. B. an der Insel Perim, sind auch in den letzten Jahrzehnten vorgekommen. Einzelne jetzt noch verlassene und öde Punkte der Erdoberfläche können eine Bedeutung noch in der Zukunft gewinnen, ohne daß wir jetzt schon berechnen, für welche Zwecke. Der Fischfang auf hoher See, gegenwärtig fast nur gegen Wallfische gerichtet, kann für die Ernährung der Menschen eine ganz andere, viel höhere Wichtigkeit erhalten; mancher Felsen als Station einen Werth bekommen. Zahlreiche Inseln der Südsee, heute noch unbeachtet und unbegehrt, sind in der Zukunft vielleicht für den Handel nicht ohne Nutzen.

Die Occupation neuen Gebietes setzt voraus: 1) Staatenlosigkeit des Gebietes, wohingegen Unbewohntheit derselben keineswegs erforderlich ist. Eine Insel, welche von wilden Völkerstämmen, wie Neu-Caledonien, oder von einzelnen, aus ihrem staatlichen Verbande herausgetretenen Europäern vorübergehend bewohnt wird (wie die Schildkröteninseln) ist der Occupation damit in keiner Weise entzogen. 2) Eine Handlung der Besitzergreifung und Besitzbehauptung. Die staatliche Apprehension kann daher in einer dritte Mächte bindenden Weise nicht vollzogen gelten, wenn eine Schiffsmannschaft an einer entlegenen Küste landet und sich nach Hinterlassung einzelner Zeichen ihrer Anwesenheit wiederum einschifft. 3) Die Vornahme der Besitzergreifung durch eine vom Staate im voraus autorisirte Person oder durch eine solche Person, deren Handlung hinterher genehmigt wird. Die alte Lehre von der völkerrechtlichen Occupation war reich an Streitfragen, was um so weniger überraschen kann, als sogar die privatrechtliche Besitzlehre erst in neuerer Zeit seit der Entwickelung der historischen Juristenschule auf ein festeres Fundament gestellt wurde und selbst heute noch des Zweifelhaften in der Theorie mancherlei bildet. Der wichtigste Streitpunkt in der völkerrechtlichen Occupationslehre bezog sich auf die Frage: Wie viel Landes mit der Wirkung der Ausschließlichkeit gegen dritte Mächte occupirt werden kann, wenn an der Küste eines größeren Landstriches eine einzelne Ansiedelung oder Niederlassung eingerichtet wird, ob die nächste Nachbarschaft der Ansiedlung oder sogar die weiteste und entlegenste Form eines anderen noch unerforschten Gebietes?

(**Literatur:** Ortolan, Des moyens d'acquérir le domaine international, 1851. — A. del Bon, Saggio sulla proprietà territoriale delle nazioni, 1867.)

§. 33. Derivativer Erwerb von Staatsgebiet. Die Veräußerung von Staatsgebiet pflegt in den neueren Staatsgrundgesetzen überall erschwert zu sein, völlig ausgeschlossen ist sie indessen nirgends. So lange das Staatsgebiet in Monarchien wie fürstliches Grundeigenthum angesehen wurde, hielt man dafür, daß die Uebertragung wie im Privatgüterverkehr von Staat zu Staat vermittelt werden könne. Auf den Willen der Bewohnerschaft kam nichts an. In neuerer Zeit bezeichnet man den Uebergang von Gebietsstücken des einen Staates an einen anderen unter dem gemeinsamen Ausdruck der Abtretung. Wie bei der Cession von Forderungsrechten kann der materielle Grund derselben ein sehr verschiedener sein: Kauf und Tausch, kriegerischer Zwang in Friedensschlüssen, Schenkung, Erbschaft (wo Theilung des Staatsgebietes in Erbfällen möglich ist). Je mehr der Gedanke Wurzel schlug, daß die Träger der Staatsgewalt dem Volke gegenüber, wenn nicht juristisch verantwortlich, so doch rechtlich verpflichtet seien, desto näher lag die Frage: ob ohne Zustimmung der betheiligten Bevölkerungen eine Abtretung von Staatsgebiet stattfinden könne? Abgesehen von der meistentheils zur Veränderung der Staatsgrenzen erforderlichen Zustimmung der Volksvertretung verlangen einige

Publicisten noch die Urabstimmung der im abzutretenden Gebietstheil seßhaften Bevölkerung. In dieser Weise wurde mehrfach verfahren, so bei der Abtretung von Savoyen und Nizza an Frankreich, bei der Vereinigung ehemals zum Kirchenstaat gehöriger Bestandtheile des Königreichs Italien, obwohl von Seiten der päpstlichen Regierung keinerlei Uebertragung von Rechten vorangegangen war. Die im allgemeinen denkbaren Fälle des Gebietsüberganges sind: 1) Mit dem Willen der betheiligten Staatsgewalten und der Bevölkerungen; 2) mit dem Willen einer abgefallenen Bevölkerung aber ohne Zustimmung der verlierenden Regierung; 3) mit dem Willen der Staatsgewalten, aber ohne oder gegen den Willen der von einer Regierung aufgegebenen Bevölkerung. Für jede dieser Uebertragungsformen gibt es Präcedenzfälle. Als entscheidend in völkerrechtlicher Beziehung kann indessen nur der Wille der betheiligten Staatsgewalten angesehen werden; doch kehrt hier die bereits einmal besprochene Streitfrage wieder: ob die unterlassene oder verweigerte Genehmigung einer staatsgrundsätzlich dazu berufenen Volksvertretung das Rechtsgeschäft hinterher ungültig machen würde? Keinenfalls kann vom Standpunkt der heutigen Entwickelung aus behauptet werden, daß eine Zustimmung der Mehrheit einzelner Individuen in den abzutretenden Gebietsstücken erforderlich sei; noch viel weniger, daß gegen den Willen der Staatsgewalt eine Vereinigung abgefallener Provinzen mit fremden Mächten einfach zu dulden sein würde.

Der Abtretung von der einen Seite, in welcher sich eine Staatsgewalt der Regierungsrechte entschlägt, entspricht von der anderen Seite Besitzergreifung des gleichsam vacant gewordenen Staatsgebietes oder wenn man will juris quasi possessio in Beziehung auf das Herrschaftsrecht. Eine einfache Uebertragung der privatrechtlichen Formel erscheint auch hier nicht möglich, weil die Volkspersönlichkeit sich nicht wie der einzelne Mensch zu den Vermögensstücken, zu dem Gebiete des Staates verhalten kann. Daß Abtretungen möglicherweise ein Einspruchsrecht dritter Staaten hervorrufen können, wenn deren äußere Sicherheit dadurch gefährdet sein würde, liegt auf der Hand. Bei der beabsichtigt gewesenen Uebertragung von Luxemburg fiel diese Rücksicht ins Gewicht.

§. 34. Das offene Meer. Die Staaten, durch die Abgeschlossenheit ihres Gebietes individualisirt, treten durch den Seeverkehr in dauernde Verbindung mit einander. Ehemals bei unvollkommener Nautik das größte aller Verkehrshindernisse, ist das Weltmeer gegenwärtig die großartigste Ueberbrückung der nationalen Gegensätze. Im Alterthum und Mittelalter hat es nicht an Ansprüchen gefehlt, vermöge welcher einzelne Theile des Weltmeers von den nächstliegenden Küstenstaaten als Eigenthum mit der Wirkung der Ausschließlichkeit gegen Andere bezeichnet wurden: eine Rechtsanschauung, die erklärlich wird, wenn man erwägt, daß es in gewissen Perioden schwer ist, den Handel vom Seeraub zu unterscheiden und die Ausdehnung der Herrschaftsansprüche auf gewisse, nahe liegende Meerestheile durch das Bedürfniß der Vertheidigung gegen seeräuberische Angriffe nothwendig erscheinen konnte. Seit dem 17. Jahrhundert vollzog sich indessen ganz allgemein eine Umwälzung in den Anschauungen der Nationen in entgegengesetzter Richtung. Das Meer ward zur freien Verkehrsstraße aller Nationen. Kein Volk darf von der Mitbenutzung der Seewege ausgeschlossen werden. Allen zugänglich und für alle ausreichend, mit den Mitteln politischer Macht und nautischer Technik in seiner Totalität niemals zu beherrschende Naturgewalt, kann auch das Meer nicht in willkürlich ausgeschiedenen Theilen durch bestimmte Völker angeeignet werden: Mare liberum! So erscheint das Weltmeer heutzutage als die geographische Offenbarung der kosmopolitischen, menschheitlichen Idee der Völkervereinigung, wie die feste Erde in ihrer mannichfaltigen Gliederung in territorialer Besonderheit als die Grundlage der nationalen Staatsbildung in der Geschichte aufgefaßt werden kann.

Bei diesem Grundsatze, daß keine Nation von der Mitbenutzung der hohen See ausgeschlossen werden könne, darf man indessen nicht stehen bleiben. Er ist nur der Ausgangspunkt, an welchem man zur positiven Ordnung des freien Seegebrauchs fortschreiten muß. Somit ist Sorge zu tragen, daß nicht unter dem Namen der Freiheit die Willkür der Einzelnen Störungen schaffe. Das nationale Princip des Völkerrechts muß jede Gerichtsbarkeit der einen Nation über die auf hoher See befindlichen Fahrzeuge einer anderen als einen Eingriff in die Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Staaten zurückweisen. Das kosmopolitische Princip fordert, daß diese Selbstverantwortlichkeit der Staaten nicht zum Deckmantel schuldhafter Beschädigungen und Beeinträchtigungen gemacht werde. Somit bleibt nichts anderes übrig, als daß der Staat, welcher Schiffe auf hoher See, soweit sie seinen Unterthanen zugehören, gleichsam als wandernde Gebietstheile betrachtet, die völkerrechtliche Verantwortlichkeit gegen den Mißbrauch der Verkehrsfreiheit übernehme. Daher die wichtigen Grundsätze: Nur der Staat ist Rechtssubject des freien Seeverkehrs, nicht das einzelne menschliche Individuum. Zugehörigkeit zu irgend einem Staate, dargethan durch eine von demselben autorisirte Flagge, die von allen Handelsfahrzeugen zu führen ist, bildet daher die unerläßliche Vorbedingung für die Aufrechterhaltung der Ordnung auf hoher See, für die Unterdrückung eines allen Nationen gleich gefährlichen Seeraubes. Desgleichen hat jeder Staat nothwendigerweise die Verpflichtung, in seinen eigenen Gesetzen und Seerechtsordnungen diejenigen Vorschriften aufzustellen oder zu handhaben, ohne welche ein friedlicher Verkehr zur See nicht denkbar sein würde. Die Praxis der seefahrenden Nationen hat im Laufe der Jahrhunderte gewisse Regeln entstehen lassen, welche von der Gesetzgebung der Culturstaaten meistentheils angenommen worden sind, oder doch als stillschweigende Voraussetzung im friedlichen Staatenverkehr Geltung erlangt haben. Freilich darf man vom heutigen Völkerrechte sagen: die Grundsätze über den Verkehr auf hoher See tragen noch viel zu sehr den Stempel der ihn ehemals völlig beherrschenden Eifersucht der Nationalitäten. Es genügt für die heutigen Verhältnisse keineswegs, daß jeder Staat für sich allein die Verantwortlichkeit für die auf hoher See von seinen Angehörigen begangenen Zuwiderhandlungen übernehme. Die gemeinsame Vereinbarung allgemein verbindlicher Normen unter Zugrundelegung bisher gemachter Erfahrung, und die Herstellung gemeinschaftlicher Anstalten zur Sicherung der Seeschiffahrt in den zumeist befahrenen Meerestheilen erscheint bereits gegenwärtig als wünschenswerth. Es wird darauf ankommen, genügende Garantien zu finden, gegen den Mißbrauch einer fremden Flagge, durch welchen die Verantwortlichkeit für die auf hoher See begangenen Schadensstiftungen verdunkelt werden kann, das Durchsuchungsrecht in Friedenszeiten gegen Schiffe auf hoher See nicht blos auf den Fall des präsumirten Sclavenhandels zu beschränken. Einzelne dem Weltverkehr dienliche Anstalten sind noch ohne den nothwendigen Schutz. Zu erwähnen sind die submarinen Telegraphen, welche unzweifelhaft Anspruch darauf haben, gegen willkürliche Zerstörung geschützt zu werden und dennoch durch die Aufsicht eines Uferstaates nicht hinreichend geschützt werden können.

(**Literatur**: Th. Ortolan, Règles internationales et diplomatie de la mer. 2. ed. 1853. — Jacobson, Seerecht des Krieges und des Friedens in Bezug auf die Kauffahrteischiffahrt, 1815. — v. Kaltenborn, Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts, besonders im Privatverkehr, 1851. — R. G. Philipson, Over den volkenregtelijken regel: Schip is territoir, 1864. — H. Bischof, Grundriß eines positiven öffentlichen internationalen Seerechts, 1868. — W. de Burgh, The elements of maritime international Law, 1868.)

§. 35. Küsten und Küstengewässer. Geschlossene Meere und Seestraßen. Die Principien der Freiheit des offenen Meeres auf der einen Seite und der

nationalen Geschlossenheit der Territorien auf festem Lande oder den Inseln sind gegenwärtig außer allem Zweifel. Aber zwischen beiden gibt es Grenzstreitigkeiten, wo sie sich geographisch berühren. Zunächst steht fest, daß die Küsten zum Eigenthum des ans Meer grenzenden Staates gehören. Dasselbe gilt von den nächstliegenden Küstengewässern. Hierbei ist es indessen zweifelhaft: wie weit? Der Versuche, eine Grenze zu finden, sind sehr viele gemacht worden. Schließlich hat man sich dafür entschieden, Kanonenschußweite als das letzte Herrschaftsziel zu betrachten. Englische und amerikanische Praktiker nehmen neben dieser engeren Seegrenze der Staaten (gleich drei Seemeilen) noch eine weitere Linie an, innerhalb welcher fremde Waaren nur gegen Entrichtung der Zölle verschifft werden dürfen. Ob die sicherlich bedeutende Vervollkommnung der artilleristischen Waffen in der neueren Zeit eine Erweiterung der auf die unvollkommenen Geschütze der älteren Periode berechneten Seegrenze einen Einfluß haben wird, ist noch nicht zu entscheiden. Bis jetzt ist die Frage noch nicht aufgeworfen worden: ein Zeichen, daß sie gegenwärtig ein geringes Interesse darbietet. In Kriegszeiten kann selbstverständlich der Feind auch außerhalb der Seegrenze angegriffen werden, wie er selbst von der Küstengrenze sich nirgends wird abhalten lassen, wo er mit überlegenen Streitkräften erscheint. In Friedenszeiten gibt es nur ein bedeutenderes Interesse, welches jetzt noch für eine Ausdehnung der Seegrenzen sprechen könnte: das Recht der Seefischerei in den der Küste zunächst gelegenen Gewässern, von dessen Mitgebrauch Angehörige fremder Staaten selbstverständlich ausgeschlossen werden können. An Prätensionen auf eine Ausdehnung der Seegrenzen hat es auch in neuester Zeit nicht gefehlt; eine der allerletzten war diejenige der Russen auf das Eigenthum an denjenigen Meerestheilen, welche zwischen Kamtschatka und den ehemals russisch-amerikanischen Besitzungen in der Mitte liegen. Aus alter Zeit werden häufig die britischen Ansprüche auf die (über die Seegrenze hinausliegenden) angrenzenden Meerestheile erwähnt. Daß nach den herkömmlichen Regeln auch Häfen und Buchten zum Eigenthum des Besitzstandes gehören, ergibt sich von selbst, obwohl von einem Eigenthum an einem beständig in Bewegung begriffenen Elemente wie der Wassermasse nur im uneigentlichen Sinne gesprochen werden kann. Bei weitgeöffneten Baien entsteht indessen wiederum Zweifel. Wenn nämlich die am weitesten vorspringenden Punkte einer Küste zu entfernt auseinanderliegen, als daß die Mitte des Wassers innerhalb der Seegrenze fiele, streitet man darüber, ob solche Baien zu offener See oder zu den Staatsgewässern gezählt werden sollen. Insbesondere sind zwischen England und Amerika derartige Seegrenzstreitigkeiten vielfach erörtert worden.

Eine besondere Art von Seebildungen sind die geschlossenen oder Eigenthumsmeere. Man versteht darunter diejenigen, welche von dem Gebiet eines und desselben ihren Zugang beherrschenden Staates völlig umschlossen sind. Auf solchen Meerestheilen hat der umschließende Staat Hoheitsrechte. Als allgemein anerkanntes Beispiel pflegt das Asow'sche Meer angeführt zu werden. Die Ostsee ist zuweilen als Eigenthumsmeer der umliegenden Küstenstaaten, jedoch vergebens, in Anspruch genommen worden. Auch bei den Verengerungen des Seeweges zwischen Theilen des Weltmeeres, den Seestraßen, sind häufig Schwierigkeiten erhoben worden. Dieselben liegen entweder zwischen staatenlosen Küstenstrichen, in welchem Fall eine spätere Occupation des angrenzenden Landes der bereits bestehenden Freiheit des Seeverkehrs keinen Abbruch thun könnte (Magelhaens Straße). Oder sie liegen zwischen Ufern verschiedener Staaten, wie der Sund, dessen völlige ungewöhnliche Belastung mit einem Zolle seit 1857 aufgehört hat. Oder sie werden von Küsten eines und desselben Staates eingesäumt. In diesem Falle ist anerkannt, daß eine Seestraße für Kriegsfahrzeuge gesperrt werden darf. Von besonderer Bedeutung in der europäischen Geschichte waren von jeher die Dardanellen und der

Bosporus. Durch Gesammtverträge der europäischen Mächte untereinander sind dieselben nunmehr den Kriegsfahrzeugen der Mächte erschlossen, eine Regel, von welcher nur in einigen seltenen Fällen aus Gründen der Höflichkeit Ausnahmen von der Pforte gemacht werden. Die Rücksichten, welche zu diesen Festsetzungen geführt haben, sind auch maßgebend gewesen in der Neutralisirung des Schwarzen Meeres. Von Seiten Rußlands und der Türkei erscheint die Zustimmung zu den bezüglichen Festsetzungen des Pariser Vertrags als ein Verzicht auf einen Theil ihrer Souveränetätsrechte, vermöge welcher sie befugt sein würden in den Häfen des Schwarzen Meeres Kriegsflotten zu unterhalten. An der völkerrechtlichen Zulässigkeit solcher im allgemeinen Friedensinteresse gemachten Einräumungen ist gewiß nicht zu zweifeln. Dagegen ist öfters zur Sprache gekommen, ob eine Nation rechtsgültig auf den friedlichen Mitgebrauch gewisser Meerestheile oder Seewege verzichten könne? Indem man jeden Verzicht auf wesentliche Elemente der menschlichen Freiheit wie eine freiwillige Hingabe der eigenen Person in Hörigkeit als unsittlich betrachtete, hielt man dafür, daß auch die Nationen durch schlechthin unsittliche Verzichtleistungen auf den Gebrauch ihrer natürlichen Freiheit nicht vertragsmäßig gebunden werden könnten.

§. 36. Die Ströme und schiffbaren Flüsse. Wenn man annimmt, daß Häfen und Buchten der offenen See der Gewalt des Küstenstaats unterliegen, so versteht es sich auch von selbst, daß der Verkehr auf den Strömen an sich der Verfügung desjenigen Staates unterliegt, dessen Gebiet sie durchschneiden. Ist das Verhältniß der Art, daß Flüsse in dem Gebiet eines und desselben Staates entspringen und münden, so nimmt man allgemein an, daß fremde Nationen keine Ansprüche auf den Gebrauch einer derartigen Wasserstraße haben. Selbst dann würde ein solches Recht nicht behauptet werden können, wenn etwa an den Häfen der Flußmündung der Handel auswärtigen Nationen gestattet wäre. In China ist dies durch Eröffnung gewisser Häfen für den Weltverkehr geschehen und daraus die Streitfrage hervorgegangen, wie weit die chinesischen Ströme ins Innere hinein von den Küsten aus befahren werden dürfen.

Für Europa hat diese Erörterung wenig Interesse. Dagegen war in früheren Jahrhunderten ein lebhafter Streit geführt worden um die Frage: wie es zu halten sei, wenn ein Strom, z. B. der Rhein, mehrere Staaten durchströme? Ob der tiefer liegende Staat den höher liegenden von der Schiffahrt stromabwärts und umgekehrt abhalten könne? Wie immer in den Controversen des Völkerrechts wird die Antwort verschieden lauten, je nachdem man einseitig von dem Grundsatze nationaler Selbstständigkeit oder der höheren menschheitlichen Verkehrsinteressen ausgeht. Die Theorie des allgemeinen Völkerrechts ist unter der Voraussetzung gewisser Interessenconflicte unter den Staaten niemals im Stande, die Einzelheiten genau anzugeben, unter denen eine Vereinbarung möglich sein würde. Die verschiedenen Meinungen und Beweisführungen, welche sich auf das exclusivere Eigenthum der Staaten an den ihnen zugehörigen Stromstrecken oder gegentheilig auf die Behauptung eines Miteigenthums und Mitgebrauchsrechts der betheiligten Staaten beziehen, haben keinen Anspruch darauf, hier vorgeführt zu werden. Durch die Wiener Congreßacte vom Jahre 1815 ist der Grundsatz der freien Stromschiffahrt auf den mehrere Staaten durchschneidenden Flußlinien und deren Nebenflüssen von dem Beginne der Schiffahrbarkeit bis zur Mündung ins Meer anerkannt. Für die Donau sind diese Bestimmungen 1856 im Pariser Frieden angenommen worden. In speciellen Conventionen unter den betheiligten Uferstaaten sind demnächst die besonderen Einzelheiten der Ausführungsweise vereinbart worden, so daß neben dem allgemeinen Grundsatze des europäischen Völkerrechts sich überall noch ein Specialrecht zur Handhabung auf den einzelnen Strömen findet. Auch in Amerika haben sich dieselben Grundsätze nach und nach Bahn gebrochen. Ueberall beginnt man den alten Anschauungen der Ausschließlichkeit nationaler Interessen zu entsa-

gen, weil man die wirthschaftlichen Nachtheile eines derartigen Standpunktes begreift. Dennoch bestehen mancherlei Ungleichheiten. Während die brasilianische Regierung den Amazonenstrom und die argentinische Conföderation den La Plata dem allgemeinen Verkehr feierlich übergeben haben, bezieht sich die Freiheit des Verkehrs auf dem St. Lorenzstrom nur auf die adjacenten Mächte. Dabei ist die Einräumung der freien Schiffahrt an die nordamerikanische Union nicht einmal eine definitive und unwiderrufliche. Ein Ueberblick auf die jetzt bestehenden Zustände zeigt, daß mancherlei Unklarheiten auch hier noch zu überwinden sind, und daß das angemessene Ziel der weiteren Rechtsentwickelung zu finden ist in der Anerkennung der freien Stromschiffahrt für alle Nationen auf allen schiffbaren Strömen ohne Unterschied, ob sie das Gebiet eines oder mehrerer Staaten durchschneiden, vorbehaltlich der militärischen Sicherheit im Kriege und der Zollinteressen im Frieden.

Der Grundsatz der freien internationalen Stromschiffahrt gehört ohne Frage zu den wichtigsten Principien des allgemeinen Völkerrechts. Demgemäß hat er nach und nach die weiteste Verbreitung bei allen Nationen gefunden. Sodann zeigt er das Wachsthum der Vorstellungen über Verkehrsfreiheit, welche von der offnen See ursprünglich ausgingen und nunmehr bereits auf nationale Wasserstraßen Anwendung finden. Man ist hier nicht den schwerfälligen Ausweg gegangen, daß die an der Stromschiffahrt zunächst betheiligten Nachbarstaaten sich etwa gegenseitig eine Dienstbarkeit constituirt hätten; sondern die Verfügung der Staaten über nationale Wässerstraßen ist aus dem Gesichtspunkte einer allen Staaten gemeinsamen Verkehrsordnung beschränkt worden. Davon ist die wichtige Folge, daß auch durch den Krieg zweier einander benachbarter Staaten die Schiffahrtsrechte der Neutralen an den nationalen Wasserstraßen nicht gehemmt werden dürfen. Jedenfalls besteht aber zwischen dem Verkehr auf hoher See und der freien Stromschiffahrt immer noch der wohlbegründete Unterschied, daß der Staat auf den ihm zugehörigen Stromstrecken seine Gerichtsgewalt unbedingt zur Geltung bringen darf und daher auch in Friedenszeiten bei begründetem Verdachte einer Zuwiderhandlung das Durchsuchungsrecht ungeschmälert behalten muß. Dieser Grundsatz schließt aber nicht aus, daß in gemischten Gerichtshöfen, an deren Besetzung sich die Uferstaaten gemeinsam betheiligen, in zweckdienlicher Weise für eine wirksame und gerechte Aufrechterhaltung der Ordnung gesorgt werde.

(**Literatur**: Et. Carathéodory, Du droit international concernant les grands cours d'eau, 1861. — Revidirte Rheinschiffahrtsacte vom 17. October 1868. — Acte public relatif à la navigation des embouchures du Danube 23. Nov. 1868.)

IV. Die Staatsverträge.

§. 37. Wesen und Charakter der Staatsverträge. Nur souveräne, und innerhalb gewisser engerer Grenzen, halbsouveräne Staaten können sich dem Auslande gegenüber verpflichten. Ein Staatsvertrag im völkerrechtlichen Sinne fordert also: Selbstständigkeit der vertragsschließenden Mächte, Verfügungsfreiheit und Handlungsfähigkeit der in Vertretung des Staates handelnden Personen, ein dem völkerrechtlichen Verkehr unterworfenes Object. Soweit die Regeln des Obligationenrechts auf der Freiheit der menschlichen Person beruhen und die Uebereinstimmung des vernünftigen sittlichen Willens als die den Rechtsverkehr der einzelnen Menschen bestimmende Macht im Vertragsrechte anerkennen, kann eine Uebertragung der Grundsätze auf das Völkerrecht unbedenklich erscheinen. Ebenso sind auch die Regeln, welche sich auf die Auslegung der Rechtsgeschäfte beziehen, auf Staatsverträge anwendbar. Wenn das Privatrecht erklärt, daß die staatliche

Gesammtrechtsordnung durch Rechtsgeschäfte einzelner Personen nicht geändert werden kann und unsittliche Bedingungen oder Verpflichtungen nicht verbindlich sind, so gilt dieselb Rücksicht auch im Völkerverkehr. Nur ist hier das sittliche Moment wesentlich in der menschheitlichen Idee zu suchen. Durch Vertragsschluß einzelner Mächte kann niemals abgeändert werden, was für das friedliche Nebeneinanderbestehen der staatlich organisirten Völker wesentlich erscheint und deswegen als Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts anerkannt worden ist. Andererseits ist gewiß, daß das Vertragsrecht nur die Paciscenten selbst binden und jedem Staate nur insoweit eine Verpflichtung erwachsen kann, als er sie anerkennt. Was von einer Mehrheit von Nationen als rechtsverbindlich angenommen wurde, bindet darum noch nicht alle. Hierin liegt allerdings eine Schwäche des Völkerrechts. Kein Staat kann sich dem Gerichte anderer Staaten in denjenigen Dingen unterwerfen, die seine eigene innere Ordnung allein betreffen oder das Princip seines Fortbestehens angehen. Dagegen sollte allerdings der Grundsatz gelten, daß in Angelegenheiten des allgemeinen Verkehrs der einzelne in Völkerrechtsgemeinschaft mit andern stehende Staat nicht eigensinnig und willkürlich sich gegen die Gemeinsamkeit der den Verkehr regelnden Normen auflehne. Wenn z. B. fast alle Staaten die Grundsätze über Neutralisation der der Pflege und Heilung der Verwundeten dienenden Anstalten angenommen haben, so sollte die Versagung des Beitritts durch einige wenige Staaten niemals von den anderen Staaten gleichgültig hingenommen, sondern mindestens schon im gegenwärtigen Culturstande als eine Rücksichtslosigkeit oder als ein Verstoß gegen die freundschaftlichen Verkehrsgrundsätze, welche man die Comitas gentium zu nennen pflegt, ernsthaft gerügt werden. Andererseits sollte, wenn die Zustimmung mehrerer Mächte zu einem dem Völkerverkehr dienlichen Abkommen nicht erlangt werden kann, nicht gezögert werden, einen Fortschritt wenigstens unter denjenigen Staaten zu verwirklichen, die von seiner Nützlichkeit überzeugt sind. Fast immer sind es im Anfange Verträge unter einzelnen wenigen Staaten gewesen, durch welche ein späterhin als wichtig erkannter Grundsatz zuerst in die Staatspraxis eingeführt wurde.

Zwischen dem Privatvertragsrechte und dem Rechte der Staatsverträge bestehen übrigens einige erhebliche Unterschiede. Zuvörderst in Rücksicht des Gegenstandes, welcher in der Staatenwelt nur ausnahmsweise einen bestimmten vermögensrechtlichen Werth zu repräsentiren pflegt. Weitaus die meisten Interessen, um welche es sich beim Abschluß von Staatsverträgen handelt, sind unschätzbar; ein Aequivalent ist deswegen in Fällen der Verletzung schwer zu ermitteln. Auch in anderer Hinsicht muß man sich vor übereilter Analogie des Privatrechts hüten. Während Einschüchterung und Zwang im bürgerlichen Verkehr unter allen Umständen unzulässig sind und der materiellen Uebereinstimmung der Willen hinderlich in den Weg treten, beruhen gerade die für die Entwickelung des positiven Völkerrechts wichtigsten Vertragsschließungen auf erzwungener Nachgiebigkeit des einen Theils. Es sind dies die Friedensschlüsse. Gerechter Zwang im Kriege ist also eine gültige Ursache des Rechtserwerbes durch Vertrag. Nur im Frieden wäre Gewaltthätigkeit gegen eine in Vertretung des Staates handelnde Person ein den Vertragsabschluß infirmirender Umstand.

Uebrigens ist die Grenze zwischen Privatverträgen und Staatsverträgen nicht so leicht zu ziehen, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte. In der älteren Theorie des Völkerrechts findet sich eine an die noch unklaren Verhältnisse der absoluten Monarchie anknüpfende Unterscheidung zwischen persönlichen und sachlichen Staatsverträgen der Fürsten. Gegenwärtig kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Privatangelegenheiten eines Fürsten überhaupt kein Gegenstand für Staatsverträge sein können. Dagegen kann es vorkommen, daß ein Fürst, welcher als Souverän einen Vertrag schloß, späterhin seines Thrones ver-

lustig geht und in das Privatleben zurücktritt. Bei der Mediatisirung zahlreicher Reichsstände, die das Recht der Vertragsschließung ehemals gehabt hatten, trat dieser Fall zu Anfang dieses Jahrhunderts ein. Ebenso ist es in neuester Zeit streitig geworden, ob der mit dem ehemaligen König von Hannover abgeschlossene Abfindungsvertrag als ein Staatsvertrag oder als ein Privatabkommen aufzufassen sei. Die regelmäßige Voraussetzung der Staatsverträge ist ein zwischen den Contrahenten bestehender Friedenszustand. Doch ist der letztere keineswegs schlechthin unerläßlich. Auch während des Krieges können Verträge mit bindender Kraft unter den streitenden Theilen abgeschlossen werden. Ebenso ist es möglich, Vereinbarungen zu treffen, welche gerade auf den Kriegsfall berechnet sind.

§. 38. Die Vertragsarten. Der Versuch, die einzelnen Arten von Verträgen nach gewissen Merkmalen zu classificiren, ist schon im Privatrechte mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Noch weniger ist gelungen, im Völkerrecht eine allgemein annehmbare Aufstellung durchgreifender Unterscheidungsmerkmale zu begründen. Grotius unterschied Verträge, welche in Gemäßheit des natürlichen und vernünftigen Völkerrechts etwas bestimmen, und solche, welche dem natürlichen Völkerrecht Verbindlichkeiten hinzufügen. Pufendorf stellte außer diesen beiden noch eine dritte Classe von Verträgen auf, nämlich solche, welche an sich unbestimmte Grundsätze des Völkerrechts im einzelnen ausführen und specialisiren sollen. Damit stimmt die auch von Neueren vorgeschlagene Eintheilung in „regulatorische", d. h. Verpflichtungen normirende und „constitutive", d. h. Verpflichtungen begründende Staatsverträge. Andere wollen bei der Sonderung gewisser Vertragsgattungen die zeitlichen Wirkungen berücksichtigt wissen und unterscheiden: Verträge mit vorübergehender oder auf einen Einzelfall beschränkter Wirkung (conventions), Verträge mit einer auf Dauer oder auf längere Zeit beschränkten Wirkung (traités) und gemischte Verträge (cartels). Ein sicheres Kennzeichen ist damit gleichfalls nicht gewonnen. Denn eine der wichtigsten Vertragsarten der neueren Zeit, die Handelsverträge, pflegt nur auf eine bestimmte Zeitdauer von Jahren abgeschlossen zu werden. Daß auch die einseitige oder zweiseitige Natur der Leistung in Betracht gezogen werden kann, versteht sich von selbst. Am ersten wird man, wenn der Inhalt der Staatsverträge betrachtet werden soll, unterscheiden können zwischen solchen Verträgen, die nur auf die besonderen Angelegenheiten zweier Staaten Bezug nehmen, ohne daß eine Ausdehnung der Berechtigungen und Verpflichtungen auf andere Staaten beabsichtigt sein könnte: Grenzregulirungen, Bündnisse und Allianceen; ferner solche Verträge, welche ein allgemeines Verkehrsprincip und einen allgemeinen Grundsatz entweder zuerst in positiver Vertragsform unter gewissen Staaten ordnen oder doch die Anwendung in der Staatspraxis näher reguliren: dahin zählen Auslieferungs- und Jurisdictionsverträge, internationaler Schutz des geistigen Eigenthums u. s. w. Hinsichtlich der Wirkung stehen beide Gattungen von Verträgen einander gleich. Doch bleibt der Unterschied, daß die zweite Kategorie von Verträgen der Ausdehnung auf die Gesammtheit der Staaten in dem Sinne fähig ist, daß jeder Staat gleichzeitig allen andern verpflichtet wird und somit eine Verletzung des Vertragsverhältnisses keineswegs den unmittelbar davon berührten Einzelstaat allein, sondern die Gesammtheit aller übrigen gleichzeitig angehen würde.

§. 39. Die Perfection der Staatsverträge bietet eine Besonderheit insofern dar, als seit längerer Zeit gestritten wurde, ob auch in Ermangelung eines ausdrücklichen Vorbehaltes ein Staatsvertrag, wenn ordnungsmäßig und ohne Ueberschreitung der Instruction durch einen Gesandten abgeschlossen, der nachmaligen ausdrücklichen Genehmigung des Souveräns oder der Ratification hinterher bedürfe. Die ältere Praxis neigte dahin, die Perfection der Verträge von dem Augenblicke der Unterzeichnung

durch einen bevollmächtigten Minister zu datiren. Einige Schriftsteller verwirrten die Frage durch eine ins Einzelne gehende Casuistik, indem sie unterschieden wissen wollten, ob ein Bevollmächtigter etwa gegen geheime Instructionen gehandelt habe, oder nicht. Damit wäre indessen für den andern Contrahenten nichts gewonnen. Neuerdings hat die entgegengesetzte Praxis die Oberhand gewonnen, nach welcher Staatsverträge erst mit der Ratification wirksam werden, oder, wie man besser sagen sollte, die Ratification stets als vorbehalten gelten soll. Es entspricht diese Auffassung der besonderen Wichtigkeit der Staatsverträge, deren sorgfältige Prüfung und Sichtung ihrer Festigkeit nur dienlich sein kann. Ausnahmen sind allerdings denkbar, wenn es sich z. B. um Verträge handelt, die sofort in Wirksamkeit treten sollen und durch den Vorbehalt der Ratification einen den Absichten der Contrahenten hinderlichen Aufschub erfahren würden. Hieher würden die unter Kriegführenden getroffenen, zur unmittelbaren Ausführung bestimmten Abreden zu zählen sein. In solchen Fällen würde mindestens der Vorbehalt der Ratification durch den Souverän ausdrücklich auszusprechen sein.

§. 40. Sicherungsmittel für die Erfüllung der Staatsverträge. Je weniger eine Justizgewalt im Stande ist, den Privatverträgen Nachdruck zu verschaffen, desto mehr pflegt das Bedürfniß der Selbsthülfe in der Verstärkung vertragsmäßiger Forderungsrechte hervorzutreten. Daher Pfand und Bürgschaften, oder was beim Beginn des internationalen Handels an der Grenze einander mißtrauisch gegenüber stehender Staaten zu geschehen pflegt: die Erfüllung der Tauschverträge Zug um Zug, der Tauschhandel ohne Credit. Den Staatsverträgen fehlt eine ihre Erfüllung sichernde Instanz völlig; jede Nation hat im wesentlichen nur das Zutrauen auf den guten Willen des andern Contrahenten und ihre eigene Kraft bei der voraussichtlich zu erwartenden Erfüllung der Verträge zu veranschlagen. Noch wichtiger ist indessen als Rückhalt für das Vertragsrecht die Verstärkung der öffentlichen Moral in dem Staatenverkehr und die Rücksichtnahme, welche beim Abschluß der Staatsverträge einer einseitigen Uebervortheilung der Mitcontrahenten entsagend, die Gegenseitigkeit der Vortheile für alle Betheiligten im Auge behält. Wie wesentlich dies ist, zeigt sich an der Hinfälligkeit derjenigen Sicherungsmittel, welche man in alter Zeit zur Bestärkung der Staatsverträge anzuwenden pflegte. Zunächst der feierlichen Betheuerungen und Eidesleistungen, durch welche die Beobachtung der Verträge gelobt wurde. Schon im Mittelalter waren eidliche Versprechungen bedenklich geworden, nachdem das päpstliche Dispensationsrecht den Eiden ihre Unerschütterlichkeit genommen hatte. Das Einzige, was in der Gegenwart bei den Friedensschlüssen übrig geblieben, ist eine feierliche Eingangsformel: Au nom de la très-sainte et indivisible Trinité, oder (wie im Pariser Friedensinstrumente von 1856) au nom du tout puissant. Ein zweites Bestärkungsmittel, dessen man sich in älterer Zeit bediente, waren die Geißeln. Entweder nach Analogie der Pfändung weggenommen oder durch Vertrag hingegeben, sollten angesehene, dem verpflichteten Staatswesen angehörige Personen bis zur Erfüllung eines Vertrags von den Forderungsberechtigten festgehalten, im Nichterfüllungsfalle getödtet werden können. Ihr Vermißtwerden und das ihnen drohende Schicksal wurde als Motiv gegen säumige oder widerwillige Pflichterfüllung benutzt. Da die neuere Zeit die Tödtung der Geißeln unbedenklich verwerfen muß, ist von diesem Hülfsmittel wenig zu erwarten. Höchstens läßt es sich im Verkehr mit halbwilden und barbarischen Völkern verwerthen, wenn deren Häuptlinge selbst als Geißeln festgehalten werden.

Das in der Gegenwart gebräuchlichste Sicherungsmittel ist — da auch Conventionalstrafe und Verpfändung den Verhältnissen der Staaten zu einander wenig entsprechen, die Garantie, welche als eine Analogie der privatrechtlichen Bürgschaft nur durch be-

sonderen Vertrag constituirt werden kann. Der garantirende Staat übernimmt die Verpflichtung, mit seiner Macht für die Sicherheit der Rechte eines anderen Staates einzutreten,

entweder in Beziehung auf ein obligatorisches Verhältniß, wie bei der directen Aufnahme einer Staatsanleihe unter zwei Staaten;

oder in Beziehung auf die Aufrechterhaltung eines territorialen Besitzstandes gegen Eroberung oder äußere Gefährdung.

In diesem letztgedachten Objecte der Garantie liegt eine in der Natur des Völkerrechts begründete Besonderheit. Der Garant übernimmt hier nicht die Sicherung eines obligatorischen Verhältnisses, sondern eines bereits anerkannten Rechtszustandes, vielleicht also des international gar nicht angezweifelten Eigenthums an Staatsgebiet. Seine Verpflichtung besteht in der Anwendung aller seiner Hülfsmittel, um erforderlichenfalls den Bedrohten vor Verlusten oder Rechtsstörungen zu bewahren. Dagegen erlangt er kein Recht, sich ungerufen einzumischen in Veränderungen, die das garantirte Rechtsverhältniß etwa ohne sein Zuthun erleidet. Ebenso wenig ist er befugt, sein Schiedsrichteramt aufzudringen. Andererseits kann er auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn durch verspätetes Eingreifen gegen eine drohende Gefahr die Möglichkeit der Abhülfe durch den forderungsberechtigten Staat selbst versäumt wird. In früheren Jahrhunderten waren die Garantieverträge ein beliebtes Mittel, um sich Einfluß auf die Politik schwächerer Staaten in erheuchelter Uneigennützigkeit zu verschaffen. Das Schutzverhältniß zur Vertheidigung halbsouveräner Staaten beruht auf dem Grundgedanken der territorialen Garantiebedürfnisse. Nicht zu verkennen ist, daß Garantieverträge vielfach bedenklich sind. Der schwächere Staat kann möglicherweise einen gewissenhaften Garanten in einen Krieg verwickeln. Oder der Garant macht in kritischen Zeiten doch seine Hülfsleistungen von den eigenen Staatsinteressen abhängig. Eine besondere Form sind die Collectivgarantien, welche die Neutralität gewisser Staaten und folglich deren Selbstständigkeit nach außen gewährleisten. Die letzte, diesem Gedanken gewordene Anwendung bezog sich auf das Großherzogthum Luxemburg und hat im englischen Parlament zu einer unentschieden gebliebenen Streitfrage Anlaß geboten: Ob jeder einzelne Staat für sich allein, oder nur in Gemeinschaft mit allen anderen garantirenden Staaten zur Aufrechterhaltung des gewährleisteten Zustandes durch kriegerische Gewalt verpflichtet werde?

Als ein Sicherungsmittel für die Erfüllung der Verträge kann in gewissem Sinne auch die Vorsorge für eine unparteiische Entscheidung etwa entstehender Streitfragen, namentlich auch der zweifelhaften Auslegung von Vertragsinstrumenten angesehen werden. Die im voraus geschehene Vereinbarung einer schiedsrichterlichen Instanz für die Beilegung von Zwistigkeiten beruht auf diesem Gesichtspunkte. Manche neueren Verträge enthalten eine s. g. schiedsrichterliche Clausel, in welcher die aus dem Vertrage erwachsenden Differenzen zu schiedsrichterlicher Entscheidung verwiesen werden. In England insbesondere hat man häufig die Verallgemeinerung dieser schiedsrichterlichen Clausel als ein Mittel anempfohlen, um die friedliche Entwickelung der Völkerbeziehungen zu kräftigen.

§. 41. Aufhebung der Verträge. Durch den freien Willen der Contrahenten geschlossen, können Staatsverträge selbstverständlich auch durch freie Uebereinkunft der Betheiligten aufgehoben werden. Bei den großen Collectivverträgen des europäischen Völkerrechts folgt daraus die Nothwendigkeit, daß sämmtliche Contrahenten sich wegen einer Vereinbarung mit einander in Verbindung setzen. Außerdem kommen bei Staatsverträgen diejenigen Anfechtungsgründe in Betracht, welche auch im Civilrechte ihre Geltung behaupten. Von formalen Nichtigkeiten kann dabei eigentlich nicht die Rede sein. Es gibt keine Gewalt, welche die Innehaltung gewisser Formen bei dem Abschluß der Ver-

träge vorschreiben könnte. Wenngleich aus natürlichen Gründen die selbstverständlich herrschende Regel, ist nicht einmal Schriftlichkeit zum Abschluß der Staatsverträge erforderlich.

Eine besondere Erwähnung vom völkerrechtlichen Standpunkte aus verdienen folgende Aufhebungsgründe:

1) Die Aufhebung wegen veränderter Umstände, oder die s. g. clausula rebus sic stantibus. Sie bot nämlich in früherer Zeit einen stets willkommenen Vorwand, um sich der Erfüllung vertragsmäßiger Obliegenheiten zu entziehen. Wenn den Verträgen irgend welche über die subjective Willkür der Contrahenten hinausgehende Bedeutung zukommen soll, so darf indessen darunter nur zweierlei verstanden werden: entweder Fortfall einer von den Contrahenten stillschweigend vorausgesetzten Bedingung oder Eintritt einer Resolutivbedingung, welche, auch ohne ausdrücklich verabredet zu sein, in denjenigen Fällen vorauszusetzen ist, in denen ein beim Vertragsabschluß vorhandener Staatszustand, als angenommene Voraussetzung des Contractes aufhört, zu existiren. Die Beziehungen zweier Staaten zu einander sind nämlich, mit dem Privatrecht verglichen, in viel höherem Maße abhängig von den thatsächlichen Ereignissen, die sich unabhängig von dem Willen derselben durch Zuthun Dritter vollziehen. Ein als fest vorausgesetzter Zustand kann hinterher plötzlich unhaltbar werden. Es ist nicht nothwendig, daß die Einwirkung solcher unberechenbarer Ereignisse gerade in die Form einer Bedingung eingekleidet würde, um den Effect einer Bedingung herbeizuführen.

2) Der Vertragsbruch von einer Seite entbindet auch den anderen Contrahenten von der Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen. Im Civilrecht läßt sich denken, daß man der Nichterfüllung eines Vertrages nur die Folge einer Erfüllungsklage, der Weigerung der Pflichtigen nur das gerichtliche Zwangsrecht auf Anrufen der Berechtigten gegenüberstelle. Im Völkerrecht ist es wesentlich, dem schwächeren Staate das Recht des Rücktrittes unter allen Umständen zu lassen. Denn eben dies ist die einzige Möglichkeit, die Gerechtigkeit gegen einen mächtigen Staat, der durch Krieg eines schwächeren Contrahenten nicht gezwungen werden könnte, aufrecht zu erhalten. Andernfalls würde das widersinnige Ergebniß entstehen, daß ein Großstaat gegenüber dem Kleinstaat seine Forderungen erzwingen dürfte, ohne seinerseits zur Erfüllung seiner Obliegenheiten angehalten werden zu können. Auch in Conföderationen, allermindestens im Staatenbunde muß behauptet werden, daß ein Bruch der Bundesgrundverträge die dadurch verletzten Mitglieder berechtigt, auszuscheiden, vorausgesetzt, daß nicht eine Instanz zur friedlichen Ausgleichung der Rechtsverletzungen im voraus vereinbart wäre. Die bloße Bezeichnung, daß ein Bund ein dauernder oder ewiger sein solle, steht dem Ausscheiden eines in seinen Grundrechten geschädigten Staates nicht entgegen. Ob auch im Bundesstaate der Bruch der Verfassung einen davon beschädigten Einzelstaat zum Austritt berechtigen soll, ist jedenfalls keine völkerrechtliche Frage, wenn nicht etwa die einzelnen Staaten, wie gegenwärtig in Norddeutschland, eine besondere völkerrechtliche Persönlichkeit nach außen sich bewahrt haben.

Bei der rechtlichen Wirkung des Vertragsbruches ist übrigens wiederum zu unterscheiden zwischen Specialverträgen einzelner Nationen und den völkerrechtlichen Gesammtverträgen. Bei den ersteren wird der Bruch einer einzelnen Bestimmung den Erfolg haben, die andere Partei zur Aufhebung des ganzen Vertrags zu berechtigen. Andernfalls wäre es jedem Contrahenten hinterher in die Hand gegeben, sich einseitig den ihm lästig gewordenen Bestimmungen zu entziehen und die ihm vortheilhaften zu conserviren. Bei den Gesammtverträgen, welche ein völkerrechtliches Princip, z. B. die Nichtanwendung gewisser Zerstörungsmittel im Kriege, zur Anwendung bringen, wird die Zuwiderhandlung eines Contrahenten niemals den Vertrag in dessen Bestande berühren, sondern nur zur

Erwiederung im Wege der Repressalien berechtigen. Auch werden solche Verträge, wenn einzelnen Bestimmungen zuwider thatsächliche Veränderungen vor sich gehen, immer theilweise fortbestehen können. So hat man immer angenommen, daß trotz der seit 1830 eingetretenen territorialen Neubildungen die Wiener Congreßacte in Wirksamkeit geblieben ist.

3) Der Ausbruch des Krieges kann ebenfalls nicht ohne tiefeingreifende Wirkung auf das Vertragsrecht der kriegführenden Staaten bleiben. Unbedenklich bestehen nur diejenigen Verträge fort, welche sich gerade auf das feindliche Verhältniß der kriegführenden Staaten zu einander im voraus beziehen und beispielsweise einen Verzicht auf gewisse an sich nicht völkerrechtswidrige Mittel der Kriegführung aussprechen. Aufgehoben werden diejenigen Verträge, welche mit dem Kriegsgrunde in irgend einem rechtlichen Zusammenhange stehen oder selbst hinsichtlich ihres Inhalts oder ihrer Erfüllung den Krieg veranlaßt haben. Alle anderen Staatsverträge, welche Leistung und Gegenleistung von Kriegführenden stipuliren, können während des Krieges nicht zur Ausführung kommen. Sie müssen daher mindestens suspendirt werden. Ob sie aber geradezu durch den Ausbruch des Krieges ohne weiteres aufgehoben sind und also im Falle eines Friedensschlusses ausdrücklich wiederhergestellt werden müssen, oder ob die Kriegführenden nur berechtigt sind, ihren Rücktritt einseitig zu erklären und bei unterlassener Erklärung die Restitution des alten Vertragszustandes besonders stipulirt werden muß, sind meistentheils noch offene Fragen, bezüglich welcher die Meinungen vielfach von einander abweichen.

(**Literatur**. Tronci: Saggio filosofico giuridico sulle convenzione internazionali, 1864.

V. Die Magistraturen des völkerrechtlichen Verkehrs.

§. 42. Das Gesandtschaftswesen der neueren Zeit. Die Achtung vor der Person der Gesandten ist eine der frühesten Manifestationen der Völkerrechtsidee. Anfangs auf unklarer Empfindung, meistentheils religiöser Scheu beruhend, wird die Heilighaltung gesandtschaftlicher Personen nach und nach als rechtliche Nothwendigkeit erkannt und zu dem Range einer für den Völkerverkehr unerläßlichen Fundamentalbestimmung erhoben. Die geschichtliche Entwickelung des Gesandtschaftsrechts läßt uns zwei Entwickelungsstufen erkennen, auf welche bereits hingewiesen wurde: das nicht ständige Gesandtschaftswesen der älteren Zeit und später das ständige Gesandtschaftswesen seit dem Ende des funfzehnten und dem Beginn des sechzehnten Jahrhunderts aufkommend, seit der zweiten Hälfte des siebzehnten Jahrhunderts allgemein herrschend. Allem Gesandtschaftswesen liegt als thatsächlich die Unmöglichkeit zu Grunde: daß die unmittelbar berufenen Staatsorgane, Monarchen oder demokratische Volksversammlungen, die auswärtigen Reichsangelegenheiten, die eine Ortsveränderung der verhandelnden Personen nothwendig machen, selbst wahrnehmen. Entweder ist die Gegenwart eines Herrschers im Inlande nothwendig, oder eine Volksversammlung kann sich überhaupt nicht außer Landes begeben. Das ständige Gesandtschaftswesen der letzten Jahrhunderte zeigt uns aber außerdem das Wachsthum der staatlichen Beziehungen: Auf der einen Seite so zahlreiche Geschäfte, daß in Großstaaten nicht einmal eine Person ausreicht, sondern zu deren Besorgung ein besonderes gesandtschaftliches Personal erfordert wird, andererseits eine in geschäftlicher Tradition beruhende Sachverständigkeit in der Handhabung der diplomatischen Technik der Verkehrsformen. Die Grundsätze, welche heute das Gesandtschaftsrecht ausmachen, sind entweder Regeln des allgemeinen Völkerrechts oder Regeln des Ceremoniels, welche sich in der Praxis der monarchischen Höfe entwickelt haben, weil sich das Gesandtschaftswesen und die Diplomatie im strengsten Anschluß an die

fürstlichen Cabinete hielten. Einerseits gelten die Gesandten als Vertreter ihrer abwesenden Souveräne, andererseits waren sie durch die Natur der ihnen obliegenden Geschäfte genöthigt, am fremden Hofe selbst zu residiren. Das Gesetz der Arbeitstheilung läßt übrigens schon jetzt voraussehen, daß das Gesandtschaftswesen in der Zukunft noch weiteren Veränderungen unterworfen werden wird. Neben den gesandtschaftlichen Personen finden sich bereits andere, welche zur Wahrnehmung besonderer Angelegenheiten entsendet sind, z. B. Militärbevollmächtigte. Innerhalb der Gesandtschaften selbst gliedern sich die einzelnen Arbeitsleistungen mehr und mehr in Einzelheiten. Hier und da finden sich bereits rechtsverständige Syndici und Consulenten, die mit dem Völkerrecht und der juristischen Praxis der einzelnen Länder vertraut sind. Der Wirkungskreis der Gesandtschaften läßt sich gegenwärtig in folgende Hauptbestandtheile zerlegen: Besorgung der Rechtsangelegenheiten zwischen Staat und Staat, Vertretung der Rechtsangelegenheiten der im Auslande lebenden Staatsangehörigen, Pflege des freundschaftlichen Verkehrs unter den Regierungen durch Informationsvermittelung und Gefälligkeitsleistung, Repräsentation der Würde des vertretenen Staats im Auslande.

(**Literatur**: Wicquefort, L'ambassadeur et ses fonctions (für die ältere Zeit), 1679, 4. Ausgabe mit Barbeyrac's Noten, 1730. — Mirus, Gesandtschaftsrecht, 1847. — F. de Cussy, Dictionnaire ou manuel lexique du diplomate et du consul, 1846. — Ueber das Technisch-Formale: C. de Martens, Manuel diplomatique ou précis des droits et des fonctions des agents diplomatiques, 1822. — Derselbe, Guide diplomatique. Leipzig 1832. 5. éd. intièrement refondue par M. F. H. Geffcken, 1866. — Garcia de Vega, Guide pratique des agens politiques du ministère des affaires Etrangères, 1852. — Comte de Garden, Traité complet de diplomatie ou théorie générale des relations extérieures des puissances de l'Europe, 1833.)

§. 43. Recht der Entsendung und des Empfanges. Gesandte zu entsenden (actives Gesandtschaftsrecht) und zu empfangen (passives Gesandtschaftsrecht) ist ein Attribut der souveränen Gewalt, hergeleitet aus dem Anspruche auf äußeren Verkehr, welcher ohne Gesandtschaftswesen nur in sehr unvollkommener Weise von Statten gehen könnte. Von selbst verbietet sich ein doppeltes Gesandtschaftswesen in der Art, daß etwa gleichzeitig bei einem thatsächlich herrschenden und einem rechtswidrig enthronten Monarchen Gesandte unterhalten würden. Welche Personen ein Staat in gesandtschaftlicher Eigenschaft entsenden will, ob Gelehrte, Frauen oder Soldaten, unterliegt lediglich seiner Prüfung. Auch sind die Vorschriften über Ausbildung, Vorbereitung, Ernennung und Befähigung der gesandtschaftlichen Personen ein Theil des Staats- oder Verwaltungsrechts. Das Völkerrecht kennt keine Unfähigkeitsgründe, durch welche irgend eine zurechnungsfähige Person von der Uebernahme gesandtschaftlicher Functionen überhaupt ausgeschlossen wäre Doch kann ein Souverän nicht für verpflichtet erachtet werden, jede beliebige Person zu empfangen. Jene bereits aufgeführte Zweckbestimmung der Pflege freundschaftlicher Verkehrsbeziehungen und der gesellschaftlichen Repräsentation bringt es mit sich, daß ein Souverän wenigstens solche Personen zurückweisen darf, die ihm ungeeignet erscheinen, in näherer persönlicher Beziehung zu ihm zu stehen. Von jeher war man daher der Ansicht, daß aus diesem Grunde die eigenen Unterthanen in der Eigenschaft eines Vertreters fremder Mächte, nicht empfangen zu werden brauchen. Aus mehr staatsrechtlichen Gründen dürfen auch solche Gesandte abgewiesen werden, welche, wie zuweilen die Nuntien der Päpste, befürchten ließen, daß ihre weitausgedehnten Vollmachten zu Conflicten mit der inneren Staatsleitung führen könnten. Unter allen Umständen wird indessen vom Standpunkte des heutigen Volkswesens aus zu behaupten sein, daß ständige Gesandtschaften überhaupt nicht mehr willkürlich abgelehnt werden dürfen (was in der Mitte des siebzehnten Jahrhunderts Grotius noch versichern konnte), daß man gegenwärtig ganz allgemein das Vorhandensein ständiger Gesandtschaften als ein wesentliches Element eines friedlichen

Völkerverkehrs ansieht, ergibt sich gegentheilig aus der Auffassung, welche in dem Abbruch der diplomatischen Beziehungen das Merkmal einer ernsthaften Zwistigkeit oftmals sogar eines herannahenden Krieges erblickte. Die Gegenwart einer ständigen Gesandtschaft symbolisirt sogar den weniger freundlich gesinnten Völkern gegenüber die dem Auslande zu erweisende Achtung; sie gewöhnt außereuropäische Nationen langsam an einen freundschaftlichen Verkehr mit den Fremden. Aus diesem Grunde war es nicht ohne Wichtigkeit, daß die Westmächte in dem letzten chinesischen Kriege das Recht einer ständigen Gesandtschaft in Peking geradezu erzwangen. Entsendung und Empfang der Gesandten werden äußerlich vermittelt durch Beglaubigung, welche in vorstehender Weise geschehen kann: entweder durch Ausstellung einer Vollmacht zur Wahrnehmung bestimmter darin näher bezeichneter Geschäfte, z. B. der zum Abschluß eines Staatsvertrages nothwendigen Vorbereitungen und Vorverhandlungen oder eigener s. g. Beglaubigungsschreiben der entsendenden an den empfangenden Souverän, die zu persönlicher Uebergabe durch den ernannten Gesandten bestimmt sind, oder endlich durch einfache Schreiben zwischen den auswärtigen Ministerien der betheiligten Staaten. Diese letztere, mehr formlose Art der Beglaubigung pflegt in solchen Fällen gewählt zu werden, in denen man den rein geschäftlichen Charakter der gesandtschaftlichen Functionen ohne Repräsentation der Staatswürde hervorzuheben wünscht (Chargés d'Affaires).

§. 44. Das Privilegium der Unverletzlichkeit. Unter allen durch das Völkerrecht geforderten Privilegien der gesandtschaftlichen Person steht die Unverletzlichkeit derselben in erster Linie. Dasselbe ist nothwendig, wenn der geschäftliche Zweck der Gesandtschaften gegen Beeinträchtigungen gewahrt werden soll, weil der Gesandte nach der Natur der Dinge im Auslande mit physischen Mitteln gegen ungerechte Angriffe sich überhaupt nicht wehren kann. Das Privilegium folgt außerdem aus dem Grundgedanken der durch den Gesandten repräsentirten Unabhängigkeit und Würde eines fremden Staates oder Monarchen. Die Unverletzlichkeit schützt den Gesandten gegen Angriffe Einzelner in fremden Staaten, namentlich auch gegen Beeinträchtigungen durch die fremde Regierung selbst. Verbrecherisch, wenn von Einzelnen begangen, wäre jeder Angriff auf seine Person, der von der fremden Regierung selbst verschuldet würde, ein Vergehen gegen das allgemeine Völkerrecht und somit ein Fall, der jeden Staat verletzt. Die Unverletzlichkeit der Gesandten bezieht sich auf diejenigen ihn unmittelbar umgebenden Gegenstände, in denen seiner Person möglicherweise Abbruch geschehen könnte: der Gesandtschaftswagen, das Gesandtschaftshôtel nebst den dazu gehörigen Mobilien, die Briefschaften und Scripturen.

§. 45. Exterritorialität. Mit dem Privilegium der Unverletzlichkeit hängt der Grundsatz der Exterritorialität gesandtschaftlicher Personen zusammen. In letzter Instanz würde jedes Gerichtsverfahren zu einem Zwange gegen die Person werden können. Ohne jede Frage wird daher von vornherein ein Strafverfahren gegen die Gesandten mit ihrer Stellung unvereinbar sein und deswegen vollständig ausgeschlossen werden müssen. Noch zu Anfang des 17. Jahrhunderts bezweifelten die angesehensten englischen Juristen die Exterritorialität der Gesandten gegenüber der Strafrechtspflege und erst hundert Jahre später erkannte eine Parlamentsacte dies Privilegium an, welches gegenwärtig von Niemand bestritten wird. Etwas anders verhält es sich mit der Civilrechtspflege, deren Resultat nicht nothwendigerweise in einem persönlichen Zwang gegen die gesandtschaftliche Person bestehen muß. Man hat daher gezweifelt, ob schon die Klage gegen Gesandte oder nur die Execution durch den Grundsatz der Exterritorialität ausgeschlossen werde. Gegenwärtig erscheint die erstere Ansicht, welche auch von der Civilrechtspflege den Gesandten eximirt, als die herrschende. Vorbehaltlich allerdings zweier Ausnahmen, unter

denen auch ein fremder Souverän selbst vor dem Gerichte eines fremden Staates Recht nehmen muß: 1) bei solchen Klagen die im Gerichtsstand der belegenen Sache angebracht werden können, da Grundbesitz als an einem physischen Theile des Staatsgebiets niemals extra territorium sein kann und 2) bei Wiederklagen, wenn der Gesandte selbst die gerichtliche Hülfe bei einer ausländischen Behörde in Anspruch genommen hat. Auch sollte nicht bezweifelt werden, daß der Gesandte sich freiwillig in bürgerlichen Streitsachen einem Schiedsgerichte unterordnen kann, ohne freilich gezwungen zu sein, dessen Ausspruch zu befolgen. Der Grundgedanke muß nur überall festgehalten werden: daß der Gesandte nicht zum Gehorsam gezwungen werden kann, und daß ihm auch in keinem Verfahren Ungehorsamsfolgen auferlegt werden dürfen. Aus eben diesem Grunde darf auch von dem Zeugnißzwange gegen einen Gesandten kein Gebrauch gemacht werden, wohl aber die Aufforderung und Einladung an ihn ergehen, überhaupt Zeugniß abzulegen.

§. 46. Nebenrechte der Gesandten. Außer der Unverletzlichkeit und der Exterritorialität stehen den Gesandten noch einige andere Rechte zu, welche vergleichungsweise wohl nebensächliche genannt werden dürfen. Zuvörderst die Freiheit der Religionsübung, welche nur da eine praktische Bedeutung hat, wo es sich um einen an sich verbotenen Cultus handelt, der entweder von der Staatsgewalt verhindert oder gar mit Strafe belegt werden könnte. Unter dieser Voraussetzung erscheint das Recht der freien Religionsübung nur als eine Consequenz der Unverletzlichkeit, die insofern allerdings verstärkt ist, als die Uebertretung der Landesgesetze hier ausnahmsweise dem Gesandten nicht zugerechnet werden soll, was bei anderen Gesetzwidrigkeiten der Fall sein würde. Außerdem genießen Gesandte herkömmlich gewisse Immunitäten, die zur Wahrnehmung ihres Berufes keineswegs erforderlich sind, sondern als Zugeständnisse der Höflichkeit aufgefaßt werden müssen und daher ganz nach Belieben der betreffenden Staaten ausgedehnt oder beschränkt werden dürfen: so das Recht des zollfreien Bezugs von Verbrauchsartikeln aus dem Auslande. Andere Abgaben für die Benutzung der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Anstalten des Auslandes hat er zu entrichten; ebenso die aus dem Grundbesitz hervorgehenden Steuern. Ein längst erkannter Irrthum ist es indessen, aus einigen Vorkommnissen der früheren Jahrhunderte ein Recht des Gesandten abzuleiten, über die Personen seines Gefolges selbst Justiz üben zu dürfen. Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Beglaubigung von Urkunden pflegen innerhalb der Competenz der Gesandtschaften zu liegen; dagegen braucht kein Staat eine fremde Gerichtsgewalt neben sich zu dulden, selbst wenn es vorkommen sollte, daß dem Gesandten durch den von ihm vertretenen Staat so ungewöhnliche Befugnisse nach Art der Cabinetsjustiz eingeräumt wären.

§. 47. Ausdehnung der gesandtschaftlichen Privilegien. Nach einer gegenwärtig feststehenden Praxis haben die an der Gesandtschaft durch persönliche nähere Beziehung zum Gesandten oder doch geschäftlich betheiligten Personen Antheil an dem Privilegium der Exterritorialität. In ersterer Hinsicht sind zu erwähnen die im Gesandtschaftshôtel wohnhaften Familienmitglieder und das Gesinde, in letzterer die ständigen Beamten der Gesandtschaft, welchen Titel sie immer führen mögen. Das Gleiche gilt von den Courieren, den für internationale Zwecke bestellten reisenden Boten, die außerdem nach dem Herkommen von persönlicher Durchsuchung an der Grenze befreit bleiben und eines Anspruchs auf vorzugsweise schnelle Beförderung durch die staatlichen Verkehrsanstalten genießen. Ob auch öffentlich autorisirte Agenten einer fremden Regierung oder Commissare, ernannt zur selbstständigen Wahrnehmung staatlicher Interessen im Auslande, der gesandtschaftlichen Privilegien theilhaftig sind, ist bis jetzt zweifelhaft. Auch darin war von jeher Meinungsverschiedenheit, ob durchreisende Gesandte in dem Gebiete dritter Staaten ebenso zu behandeln sind, wie ständige Gesandte in dem sie empfangenden Staate.

Wenn man annimmt, daß **alle** civilisirten Staaten an der Aufrechterhaltung der das Gesandtschaftswesen sichernden Normen gleichmäßig betheiligt sind, so dürfen auch durchreisenden Gesandten keinerlei Schwierigkeiten in den Weg gelegt werden, so lange als nicht etwa kriegerische Operationen auf dem zu durchreisenden Gebiete Vorsichtsmaßregeln erforderlich machen und der Gesandte sich von den nach den Umständen gebotenen Reiserouten nicht entfernt. Unter diesen Voraussetzungen nimmt man an, daß ihnen Unverletzlichkeit zustehe. Dem Verkehrsbedürfnisse ist damit auch vollkommen genügt, da gegen Durchreisende nur ein forum arresti begründet sein könnte, somit eine besondere Zusicherung der Exterritorialität überflüssig ist. Auch der Zeit nach sind die gesandtschaftlichen Privilegien in billiger Weise ausgedehnt. Schon vor der Uebergabe der Creditive, mit dem Eintritt in das dem empfangenden Staate zugehörige Gebiet beginnen dieselben wirksam zu werden. Sie dauern auch nach der Beendigung der Gesandtschaft so lange fort, als ein scheidender Gesandter zur Ordnung seiner persönlichen Angelegenheiten vor der Abreise bedarf.

§. 18. **Vorkehrungen gegen den Mißbrauch der gesandtschaftlichen Privilegien.** Exterritorialität und Unverletzlichkeit können nicht die Bedeutung haben, den Gesandten von der Beobachtung der im fremden Staate geltenden Gesetze zu entbinden. Im Gegentheil ist er verpflichtet, dieselben zu achten und sich überdies alles dessen zu enthalten, was das gute Einvernehmen zwischen den betheiligten Regierungen stören könnte. Wenn auch beispielsweise der Gebrauch geheimer Kundschafter zur Ausforschung einer fremden Regierung noch nicht geradezu als rechtswidrig bezeichnet werden darf, so ist doch gewiß, daß er sich zur Erlangung einer ihm wichtig erscheinenden Information keiner das Landesgesetz verletzenden Mittel bedienen darf. Auch das gilt als sicher, daß die Privilegien der Gesandten niemals willkürlich auf andere Personen übertragen werden dürfen. Die Unverletzlichkeit des Gesandtschaftshôtels schützt keineswegs flüchtige Verbrecher. Ein Asylrecht dieser Art ist niemals anerkannt worden. Wird die Auslieferung versagt, so darf Ergreifung in schonender Weise vorgenommen werden. Jedenfalls ist für den Fall, daß die gesandtschaftlichen Privilegien gemißbraucht werden, Abwehr oder Vertheidigung soweit gestattet, als sie im gegebenen Fall nothwendig erscheint, die Rechtsordnung des angegriffenen Staates zu schützen. Der Vergleich mit der Nothwehr würde hier überall zutreffen. Eine jenseits derselben liegende Strafgewalt über die Verbrechen der Gesandten bleibt unbedingt ausgeschlossen. So lange das Gesandtschaftswesen vorzugsweise die Mission zu erfüllen hatte, eine mißtrauische Ueberwachung an fremden Höfen zu üben, hatte man mancherlei Bedenken, den Grundsatz der Straflosigkeit auch bei den schwersten Staatsverbrechen anzuerkennen. Gegenwärtig ist die Theorie vollkommen einig in der Auseinanderhaltung einer niemals zu gestattenden Repression durch Strafe und einer vollkommen zuläßigen Prävention gegen drohende Angriffe. Die Bestrafung einer von Gesandten begangenen Rechtsverletzung ist bei dem entsendenden Souverän zu betreiben. Als Mittel der Abwehr sind zu gestatten: Vorsichtsmaßregeln gegen einen zu besorgenden Uebergriff, Warnungen insbesondere dann, wenn der Gesandte über die Rechtswidrigkeit seines Thuns in Zweifel sein könnte, ein Antrag auf Abberufung bei dem entsendenden Souverän oder mindestens Beschwerdeführung, Einstellung des amtlichen Verkehrs oder Zufertigung der Pässe als eine Art der Ausweisung; in den denkbar schwersten Fällen eines hochverrätherischen Complotts gegen die fremde Regierung gestatten Präcedenzfälle aus früheren Jahrhunderten gewaltsame Entfernung oder gar Sicherheitshaft bis zu dem Augenblicke, wo die Entfernung möglich sein wird. Das neueste Beispiel dieser Art ereignete sich in der Entfernung des amerikanischen Gesandten Washburne durch den Dictator Lopez in Paraguay. Selbstverständlich ist, daß solche

äußersten Maßnahmen nicht willkürlich verhängt werden dürfen, sondern in jedem einzelnen Falle einer Rechtfertigung bedürfen. Nicht einmal beim Ausbruch eines Krieges unter den betheiligten Staaten dürfen gesandtschaftliche Personen gewaltsam zurückgehalten werden.

§. 49. Rangclassen der Gesandten. Die früheren Jahrhunderte waren reich an kleinlichen Streitigkeiten über die Präcedenzfrage unter den Gesandten fremder Mächte. Jeder Gesandte glaubte es der Würde seines Souveräns schuldig zu sein, bei öffentlichen Aufzügen und Feierlichkeiten die erste Rolle zu spielen: ein Zeichen, daß man von einer Anerkennung der Gleichheit unter den Staaten noch weit entfernt war und die Unterschiede der politischen Macht in das Gesandtschaftswesen einzuführen trachtete. Endlich mußte man auf Auskunftsmittel Bedacht nehmen. Auf dem Wiener und später auf dem Aachener Congreß ist dies geschehen und damit der Etiquette an den Höfen eine internationale Bedeutung gewährt worden. Man unterscheidet nunmehr vier Rangclassen. Die erste begreift: Botschafter (ambassadeurs), Legaten und Nuntien des Papstes. Sie genießt besonderer Auszeichnungen und Ehrenrechte, deren Grund darin gesucht wird, daß man in den ihr zugehörigen Personen die persönlichen Vertreter eines Souveräns vorzugsweise zu erblicken glaubte und danach das Ceremoniell bemessen wollte. Die zweite Classe enthält: Gesandte im engern Sinne und Minister. Die dritte, welche auf dem Aachener Congresse geschaffen wurde: Ministerresidenten. Endlich die vierte: Geschäftsträger, welche wie bereits erwähnt ist nur bei den Ministerien der auswärtigen Angelegenheiten beglaubigt sind, während alle vorangehenden Rangclassen beim Souverän persönlich accreditirt werden. Bezüglich der gesandtschaftlichen Privilegien, machen diese Rangclassen nicht den mindesten Unterschied. Ihr Werth liegt nur in der Aufrechterhaltung äußerer Distinctionen für Zwecke des gesandtschaftlichen Aufwandes und in der Möglichkeit, die Streitfragen der Eitelkeit abzuschneiden. Welche Rangclassen ein Gesandter einnehmen soll, hat der entsendende Souverän zu bestimmen, doch pflegt dabei eine Rücksichtsnahme zu walten, indem die Reciprocität, ohnehin in allen äußeren Staatsverhandlungen eine Rolle spielend, innegehalten wird. Daher üblicherweise Gleichheit des Ranges zwischen den unter zwei Höfen entsendeten und empfangenen Vertretern. Unter den Angehörigen derselben Rangclassen entscheidet die Anciennität, welche nach dem Datum des officiellen Empfanges berechnet wird.

§. 50. Das Consularwesen. Während die Gesandten fremder Mächte Interessen und Rechte des Staates vertreten, dürfen die Consuln als handelspolitische Magistraturen bezeichnet werden. Ihre Aufgabe ist somit enger begrenzt als diejenige der Gesandten, ihr Wirkungskreis ein localer. An bestimmt bezeichneten Orten haben sie den Beruf, die Bedürfnisse des Handels im Auslande zu unterstützen. Das Norddeutsche Bundesconsulargesetz sagt: „die Bundesconsuln sind berufen, das Interesse des Bundes, namentlich in Bezug auf Handel, Verkehr und Schiffahrt thunlichst zu schützen und zu fördern, die Beobachtung der Staatsverträge zu überwachen und den Angehörigen der Bundesstaaten in ihren Angelegenheiten Rath und Beistand zu gewähren". Ursprünglich eine Anstalt der Selbsthülfe und deshalb von den Interessenten selbst erwählt, sind die Consulate nach und nach Staatsanstalten geworden. Die Rechte der Consuln sind erheblich von denjenigen der Gesandtschaften verschieden. Für die Zubilligung der Privilegien der Exterritorialität und Unverletzlichkeit besteht kein genügender Grund, es sei denn, daß den Consuln gleichzeitig diplomatische Functionen übertragen wären, was in einzelnen Fällen zu geschehen pflegt. Ueberhaupt gibt es keine allgemeinen Regeln, nach denen die Rechte der Consuln gegenüber einer fremden Regierung bemessen werden könnten. Meistentheils wird auf die besonderen Verträge zurückzugehen sein, durch welche die Einsetzung von Consuln

vereinbart wurde. Allgemein üblich ist die Befreiung von persönlichen Diensten an die Commune oder den Staat, die Unverletzlichkeit des consularen Archivs gegenüber den Localbehörden, das Recht, Legitimationspapiere der Landesangehörigen zu ertheilen, Urkunden mit öffentlichem Glauben auszustellen, die Flagge und das Wappen des von ihnen handelspolitisch repräsentirten Staates zu führen.

(**Literatur:** Alexander de Miltitz, Manuel des consuls, 1837—43. — Oppenheim, Praktisches Handbuch der Consulate aller Länder, 1854. — Neumann, Handbuch des Consulatwesens, mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen, Wien 1854. — Quehl, Das preußische und deutsche Consulatwesen im Zusammenhange mit der inneren und äußeren Politik, 1865 — Moreuil, Manuel des agents consulaires français et étrangers.

§. 51. Arten der Consulate. Die Consulate sind entweder Handelsconsulate oder Jurisdictions- und Handelsconsulate. Schon im früheren Mittelalter übten die Consulate eine großentheils schiedsrichterliche Gerichtsbarkeit über ihre Landesgenossen. Späterhin mußte eine derartige Gerichtsbarkeit an Wichtigkeit verlieren, nachdem der Grundsatz der Territorialität in der Anwendung der Gesetze durchgedrungen war und überdies die ständigen Gesandtschaften gegen Rechtsverletzungen der Fremden schützend und abwehrend eingriffen. Daher in Europa die Umgestaltung der alten Jurisdictionsconsulate zu bloßen Handelsconsulaten. Als eine auf Nützlichkeitsgründen beruhende Ausnahme darf es betrachtet werden, daß durch neue Verträge den Handelsconsulaten eine höchst beschränkte Competenz eingeräumt wird zur Aburtheilung solcher Streitfälle und Ordnungswidrigkeiten, welche sich an Bord eines in fremden Häfen liegenden Schiffes unter der Schiffsmannschaft ereignen. Das Verkehrsbedürfniß erfordert hier eine schleunige Erledigung der minder wichtigen Sachen um so mehr, als jeder Aufschub in Folge langwieriger processualischer Verhandlungen der Rhederei empfindliche Nachtheile für Handeltreibende zur Folge haben würde. Dagegen sind in orientalischen Staaten vielfach neue Jurisdictionsconsulate begründet worden. Durch Capitulationen und Friedensschlüsse sind die Unterthanen christlicher Staaten im Orient (aux échelles du Levant) der Gerichtsgewalt der Landesbehörden entzogen und mit den Privilegien der Exterritorialität ausgestattet worden. In solchen Staaten, zu denen bis jetzt auch die Türkei zählt, üben die Consulate eine in Civil- und Strafsachen competente Justiz. Bis zu welchen Grenzen sich dieselbe erstreckt, hängt wesentlich von den Landesgesetzen der dabei betheiligten europäischen Staaten ab. An sich betrachtet, darf diese Einrichtung als ein Uebelstand bezeichnet werden. Sie nährt den Haß zwischen Einheimischen und Fremden, indem die nationale Zusammengehörigkeit der Consulate und der ihnen unterworfenen Personen meistentheils den Verdacht der Parteilichkeit wachruft. Auf der anderen Seite ist zu erwägen, daß die Unterstellung europäischer Unterthanen unter die Gerichte solcher Staaten, deren Gesetze von grundsätzlicher Feindschaft gegen alles Fremde erfüllt sind, in der Praxis nahezu gleichbedeutend sein würde mit Preisgebung der höher entwickelten Rechtsinteressen. In dem einmal unvermeidlichen Conflicte, der durch die Berührung völlig verschiedener oder geradezu entgegengesetzter Culturstufen hervorgerufen werden muß, erscheint es als das geringere Uebel, den Ausländer durch Privilegien zu schützen, als ihn völlig schutzlos zu lassen. Es ist eine Frage der Zeit, zu prüfen, wann von solchen Ausnahmsrechten Abstand genommen werden kann. Die Türken und ihre außereuropäischen Vasallen haben sich gerade in neuester Zeit vielfach bemüht, eine Abschaffung der alten Privilegien und Capitulationen durchzusetzen. Unter allen Umständen wird zugegeben werden müssen, daß bei einem gesteigerten Verkehr und einem Zuflusse der Fremden die Exterritorialität gleichsam einen Staat im Staate entstehen läßt und Reibungen unvermeidlich macht.

(Literatur: Genevois, Histoire de la juridiction consulaire, 1866. — Lachaud, Juridiction des consuls à l'Étranger, 1865. — Jacobovits, Die Consulate als Gerichtsbarkeiten in osmanischen Reiche, 1865).

§. 52. Ernennung der Consuln. Wenngleich die consularen Einrichtungen allgemein üblich geworden sind, steht die Gründung neuer Consulate doch keineswegs im Belieben ausländischer Regierungen. Ein Einverständniß derjenigen Staaten, in deren Gebiet eine consulare Behörde eingesetzt werden soll, ist als nothwendig zu bezeichnen. Selbst zur Uebernahme der Amtsfunctionen eines für das Ausland designirten Consuls ist die Mitwirkung der Landesregierung nicht zu umgehen. Dieselbe hat ein Bestätigungsrecht an den vom Ausland vollzogenen Ernennungen und übt dasselbe unter dem Titel des „Exequatur", vor dessen Ertheilung der Consul sich jeder amtlichen Thätigkeit zu enthalten hat. Auch kann das Exequatur, da der Consul den Orts- und Landesgesetzen unterworfen bleibt, aus erheblichen Gründen nachträglich widerrufen oder entzogen werden. Die Ernennung der Consuln selbst erfolgt durch s. g. Provisionsbriefe (lettres de provision), welche bei der auswärtigen Regierung zur Ertheilung des Exequatur eingereicht werden. Mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften der ernannten Consuln unterscheidet man: Wahlconsuln (consules electi) und Berufsconsuln (consules missi) eine Terminologie, die nicht mehr passend ist, seitdem auch die Wahlconsuln von den Regierungen ernannt werden. Die Verschiedenheit zwischen diesen beiden Kategorien tritt darin hervor, daß Berufsconsuln Unterthanen des ernennenden Staates sind, Wahlconsuln dagegen nicht zu sein brauchen, daß den letzteren, die unbesoldet sind und meistentheils Gebühren für gewisse dem Publicum geleistete Dienste empfangen, der Betrieb kaufmännischer Geschäfte gestattet ist, da sie ohnehin meistens aus der an einem überseeischen Handelsplatz ansässigen Kaufmannschaft entnommen zu werden pflegen, Berufsconsuln hingegen der Abschluß kaufmännischer Geschäfte, da sie besoldet sind, untersagt ist. Auch werden fast überall nur Berufsconsuln, die nach dem Norddeutschen Consulargesetze vom 8. November 1867 eine besondere Fachbildung nachgewiesen haben sollen, zur Wahrnehmung der Jurisdictionsconsulate verwendet. Bei den Berufsconsuln tritt der Charakter des Staatsbeamten in seiner disciplinaren Unterordnung, bei den Wahlconsuln derjenige des unbesoldeten Ehrenamtes stärker hervor. Auch gegenüber dem das Exequatur ertheilenden Staate ist diese Unterscheidung nicht ohne Wirkung. Weil die Berufsconsuln Unterthanen einer fremden Macht sind, werden ihnen öfters größere Auszeichnungen zugestanden, als den Wahlconsuln, die möglicherweise Unterthanen des das Exequatur ertheilenden Staates sein können.

Auch in den Titulaturen der Consuln finden sich Unterscheidungen: Generalconsulate, Consulate und Viceconsulate. Die näheren Bestimmungen über das Norddeutsche Consulatswesen finden sich in dem bereits erwähnten Bundesgesetze vom 8. November 1868, dessen Inhalt theils durch preußisches Gesetz vom 29. Juni 1865 bezüglich der Gerichtsbarkeit ergänzt wird, theils noch weiterer Ausführungsbestimmungen im Wege der Gesetzgebung bedarf. Die Entwickelung des modernen Consulatswesens bezeugt gleichfalls die Zunahme des internationalen Verkehrs. Ursprünglich auf die wichtigsten Seehandelsplätze beschränkt, sind Consulate nach und nach, besonders in der neuesten Zeit auch an den bedeutenderen Plätzen des binnenländischen Handels eingerichtet worden, sogar in solchen Hauptstädten, in denen sich Gesandtschaften finden. Eine genauere der fortschreitenden Arbeitstheilung entsprechende Abgrenzung der Competenz zwischen den an einem und demselben Orte fungirenden gesandtschaftlichen und consularen Personen kann daher in Zukunft nothwendig werden.

VI. Die völkerrechtlichen Streitigkeiten und der Krieg.

§. 53. Die Völkerrechtsverletzungen und ihre Folgen. Zwistigkeiten und Zerwürfnisse der Staaten entstehen aus verschiedenen Ursachen. Wo sie vorkommen, sind sie entweder hervorgegangen aus Verletzungen der internationalen Höflichkeit und besonderer aus einem engern Bündniß und Freundschaftsverhältnisse entspringenden Anforderungen der Gefälligkeit. Von einem Zwangsrechte des einen Staates gegen den anderen zur Wiederherstellung des alten Verhältnisses kann hier keine Rede sein. Innerhalb der völkerrechtlichen Schranken hat jeder Staat die freie Wahl, ob er andere Staaten sich durch Einräumung eines Vorzugs verbinden will oder nicht, und auch innerhalb des positiven Vertragsrechtes spricht man aus diesem Grunde von Rechten der meistbegünstigten Nationen. Oder Zerwürfnisse gehen hervor aus einer Verletzung der Interessen, d. h. der Staatsvortheile, welche jede Macht für sich selbstverständlich verfolgen darf, selbst auf die Gefahr, den collidirenden Interessen anderer Staaten zu begegnen. Die erfolgreiche Anknüpfung von Handelsbeziehungen mit einem Staate, dessen Hülfsquellen bisher von einem dritten Staate ausschließlich ausgebeutet wurden, wäre ein Beispiel, woran sich die einfache Forderung schließt, daß kein Staat einen anderen hindern darf, im Wege der Concurrenz die eignen Interessen selbst zum Nachtheil anderer zu verfolgen. Es ist von besonderer Wichtigkeit die Verletzungen der s. g. Interessen des berechtigten Eigennutzes nicht zu verwechseln mit Rechtsverletzungen. Denn nur die letzteren können zur Anwendung des Rechtszwanges in verschiedenen Formen befugen. Die hauptsächlichsten und wichtigsten Verletzungen des Völkerrechtes sind: Nichterfüllung der in Staatsverträgen übernommenen Verpflichtungen, Zuwiderhandlung gegen Staatsverträge und die subjectiven Grundrechte anderer Nationen, in der Kürze also: Vertragsverletzung oder Delict.

Während bei Verletzungen des Vertragsrechts das von Forderungsberechtigten zu begehrende Object der Befriedigung wenigstens in allgemeinen Umrissen gegeben ist, bietet die Lehre von den völkerrechtlichen Delicten zahlreiche Schwierigkeiten. Streitig ist zuvörderst das Vorhandensein einer Vergehenshandlung in vielen Fällen: z. B. in Beziehung auf die Verweigerung einer in Ermangelung eines Auslieferungsvertrages begehrten Auslieferung eines flüchtigen Verbrechers, oder auf die Innehaltung der Neutralitätspflichten, deren Umfang gerade jetzt aus Anlaß der s. g. Alabamafrage zwischen England und Nordamerika streitig geworden ist. Bei den von einer Staatsregierung anbefohlenen Handlungen, die eine fremde Macht verletzen, wird gerade sehr häufig streitig sein: ob nur eine Störung an sich werthvoller Interessen oder eine Rechtsverletzung anzunehmen ist. Dagegen wäre in einem derartigen Falle der Rechtsverletzung ohne jeden Zweifel der Staat durch die Zuwiderhandlung der Regierung zur Genugthuung oder zum Schadensersatz verpflichtet. Ebenso wird der Staat durch die nicht befohlenen, sondern selbstständig vorgenommenen Amtshandlungen untergeordneter Behörden, wenn Rechte dadurch in schuldhafter Weise verletzt werden, unmittelbar verpflichtet. Es ist nicht nothwendig, daß bei einer gegen den auswärtigen Staat direct gerichteten Verletzung, der Weg der Civilklage von ihm beschritten werde. Vielmehr ist dem zum Schadensersatz gegen das Ausland verpflichteten Staat zu überlassen, seinerseits Regreß zu nehmen gegen den Urheber einer schuldhaften That. Erhebliche Zweifel ergeben sich indessen bereits bei den Fragen: Wie weit die Staatsgewalt ihrerseits für die von ihren Unterthanen gegen eine fremde Macht begangenen Feindseligkeiten unmittelbar verantwortlich gemacht werden könne? Entsprang die Schädigung einer fremden Macht aus einer durch die Gesetze für strafbar erklärten Handlung (z. B.

Eintritt in eine fremde, kriegführende Armee), so ist mindestens auf Antrag des beschädigten Staates und unter der im einzelnen Fall eintretenden Bedingung der Reciprocität in der Gesetzgebung des Beschwerde führenden Staates zu strafen. Verweigerte Bestrafung wäre alsdann ein selbstständiges Delict. Allein es liegt auf der Hand, daß davon: ob ein Staat gewisse, von seinen Unterthanen verübte Angriffe gegen das Ausland für strafbar erklären will, oder nicht, das Recht des Auslandes selbst nicht abhängig gemacht werden kann. Unter allen Umständen ist jeder Staat verpflichtet, seine Unterthanen daran zu hindern, daß sie nicht gegen befreundete Staatsregierungen feindselige und den Frieden gefährdende Acte begehen. Der Staat wird daher nicht nur dann verantwortlich, wenn er selbst völkerrechtswidrige Unternehmungen seiner Unterthanen begünstigt, sondern sogar, wenn er es unterläßt, deren Angriffe zu hindern, oder rechtzeitig dagegen einzuschreiten. Gerade hier können sich schwere Conflicte zwischen der Staatsverfassung und den völkerrechtlichen Anforderungen ergeben. Jene kann der Regierung verbieten, in die Rechtssphäre der persönlichen Freiheit ihrer Unterthanen einzugreifen. Das Völkerrecht kann verlangen, daß jede Staatsgewalt sich soviel Macht vorbehalte, als erforderlich ist, um ihre Unterthanen an Verletzungen der einem fremden Staate zustehenden Rechte zu verhindern. Die Ohnmacht einer Regierung, den Ausschreitungen ihrer Unterthanen zu wehren, ist Selbstschuld des Staates gegen das Ausland; Schwäche keine genügende Entschuldigung. Die Schwierigkeit, welche in dieser ungemein wichtigen Wechselbeziehung zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht gelöst werden muß, läßt sich auch in dieser Frage ausdrücken: Wie weit ist jeder Staat verpflichtet, sich selbst gegen Angriffe auswärtiger Unterthanen zu schützen? Jedenfalls soweit als sie in seinem eigenen Gebiete begangen werden, woraus beispielsweise folgt, daß die Last der Friedensbewahrung im Inneren nicht auf das Ausland abgewälzt werden kann. Wieweit ist andererseits ein Staat berechtigt, die Unterstützung des Auslandes zu verlangen zur Sicherung seiner eigenen Ordnung? Jedenfalls nur insoweit, als er selbst nicht im Stande ist, nach dem Grundsatze der Territorialität sich zu schützen und außerdem die in Anspruch genommene Staatsregierung ihrerseits von einem rechtswidrigen Vorhaben gegen das Ausland unterrichtet war und schuldhafterweise eine Unterlassung beging. Die Grenzen der Verschuldung, zumal des Anlasses, sind indessen stets streitige gewesen. Soll der friedliche Zustand unter den europäischen Nationen auf festeren Grundlagen als bisher der Fall war, gesichert werden, so darf behauptet werden, daß die völkerrechtlichen Delicte der Staaten einer genaueren Bestimmung durch Theorie und Staatspraxis im hohen Maße bedürftig sind. Bis jetzt lehrt die Erfahrung, daß in vielen, aus solchen Verhältnissen hervorgegangenen Streitfällen zwischen einseitigen Anschuldigungen und ebenso einseitigen Ableugnungen kaum ein Vermittelungsweg zu finden ist.

§. 54. Friedliche Mittel zur Ausgleichung völkerrechtlicher Streitigkeiten. Die Herstellung eines verletzten Rechtes kann in verschiedener Weise bewirkt werden. Aeußerstenfalls durch Krieg. In friedlicher Weise können Streitigkeiten gehoben werden, 1) durch unmittelbare Verständigung unter den streitenden Parteien, 2) durch gütliches Hinzutreten unbetheiligter dritter Staaten, 3) durch Unrechtserwiederung des Verletzten.

Eine unmittelbare Verständigung unter den Betheiligten kann herangeführt werden durch gründliche und leidenschaftslose Erörterung der streitigen Punkte im Wege eigens zu diesem Zwecke geführter diplomatischer Verhandlungen, wofür der neuerdings beendigte belgisch-französische Eisenbahnstreit ein Beispiel liefert, durch Vernehmung und Protestation seitens desjenigen, dessen Absichten verdächtigt oder als feindlich beschuldigt worden sind, durch Theilung des Streitobjectes oder durch die Entscheidung des Looses, zu welchem man

ehemals öfters bei Rangstreitigkeiten seine Zuflucht nahm. Mitwirkung dritter Staaten findet statt im Falle der gütlichen Vermittelung des Schiedsgerichts. Eine vermittelnde Macht, welche entweder von den Streitenden angegangen wird oder ihre guten Dienste anträgt, sucht durch annehmbare Vorschläge einen Vergleich unter den Parteien durch beiderseitiges Entgegenkommen zu stiften, wohingegen ein zwischen den Parteien vereinbarter Schiedsrichter, Souverän, Gerichtshof oder Privatperson, die streitige Rechtsfrage, oder die Höhe eines Schadensersatzes selbst entscheidet, ohne übrigens das Recht zu erlangen, seinen Ausspruch, der aus erheblichen Gründen, z. B. wegen offenbarer Zurücksetzung einer Partei durch verweigertes Gehör, angefochten werden könnte, gewaltsam durchzusetzen. In den Pariser Friedensverhandlungen vom Jahre 1856 haben sich die bei ihnen betheiligten Mächte verpflichtet, ehe sie beim Entstehen eines Streitpunktes zu den Waffen greifen, die friedliche Vermittelung einer befreundeten Macht nachzusuchen. Auch die neuerdings öfters vereinbarten „Conferenzen" (z. B. zur Beilegung der luxemburger und der griechisch-türkischen Streitfrage) können als eine Art der Vermittelung angesehen werden, weil die streitenden Theile, ohne sich einem Majoritätsbeschlusse unterwerfen zu müssen, sich doch nicht entschlagen können, die Rathschläge befreundeter Mächte entgegenzunehmen. In ähnlicher Weise hat man öfters die Aufgabe der Congresse aufgefaßt. Unrechtserwiederung kann in doppelter Weise angewendet werden, um einen Staat zur Rückgängigmachung einer von ihm ausgehenden Maßregel zu bewegen: entweder als Retorsion oder als Repressalie, jene bestimmt als Rückwirkung gegen eine von fremden Staaten ausgegangene Unbilligkeit, diese als Abwehr gegen Rechtsverletzungen mittelst beschränkter Selbsthülfe; die Retorsion besteht in der Anwendung desselben unbilligen Grundsatzes, der zur Beschwerde Anlaß bietet, auf die Unterthanen der betheiligten fremden Macht und empfiehlt sich zuweilen um Ungleichheiten aus dem Privatrechtsverkehr der Staaten zu beseitigen. Repressalien sind Erwiederung des Unrechts im Wege einer gewaltsamen Einwirkung auf bestimmt begrenzte, einer fremden Rechtsordnung zugehörige Objecte. Sie unterscheiden sich in der Beschränkung des Objects und in der Absicht, den Friedenszustand zu erhalten, von der kriegerischen Gewalt. Da ihre Anwendung indessen im hohen Maße gefährlich ist und sehr häufig als Herausforderung zum Kriege empfunden wird, so ist es nur zu billigen, daß man die Berechtigung zu Repressalien solcher Art nicht nur von dem Vorhandensein eines Unrechts, sondern auch von der Vergeblichkeit anderer Ausgleichungsversuche abhängig macht. Die Art und Weise der Unrechtserwiederung kann sehr verschieden sein, entweder genaue Nachbildung der Rechtsverletzung und Beziehung auf Personen oder Sachen des delinquirenden Staates, oder Beschlagnahme von Vermögensstücken mit endlich eintretender Folge der Aneignung, gewaltsame Festnahme von Personen (nach Art der Geißeln), Embargo, d. h. Verhinderung des Auslaufens der dem rechtsverletzenden Staate zugehörigen Schiffe aus den Häfen oder territorialen Gewässern der embargirenden Macht und endlich auch Blockade einer Handelsstadt, deren Verkehr durch Absperrung geschädigt werden soll (s. g. blocus pacifique). Das Embargo kommt übrigens nicht allein als Unrechtserwiederung vor, sondern auch als eine vorbereitende Maßregel, durch welche der Staat bei dem befürchteten Ausbruch eines Krieges schon im voraus dem präsumtiv feindlich werdenden Eigenthum zum Zwecke späterer Confiscation den Rückzug abschneidet. Die Ungerechtigkeit dieser zu Friedenszeiten gegen den Handel ergriffenen Gewaltmaßregel wird neuerdings allgemein begriffen.

(Literatur: Noble, Arbitration and Congress as a Substitute for War in the settlement of international disputes, 1862. — (Sanford), The law of special reprisals, 1858. — (C. F. Wurm), Selbsthülfe der Staaten in Friedenszeiten, 1858. — Mas-Latrie, du droit de marque et du droit des représailles, 1868.)

§. 55. Der Krieg und die Kriegführenden. Als letztes und äußerstes Rechtsmittel gestattet das Völkerrecht den Krieg. Er ist zu bestimmen: als gewaltsame Selbsthülfe der Staaten zur Aufrechthaltung solcher Rechte, die in friedlicher Weise nicht geschützt werden können. In der Thatsache des Unrechts im Völkerleben und in der Unmöglichkeit, bis jetzt in völlig unparteiischer Weise eine gerechte Entscheidung gegen einen im Vertrauen auf physische Macht begangenen Rechtsbruch durchzusetzen liegt die sittliche Nothwendigkeit des Krieges. Dem Staate ist in letzter Instanz keine Wahl gelassen als die: entweder jedes Unrecht gegen sich geschehen zu lassen, und durch den ein für allemal ausgesprochenen Verzicht auf den Krieg das Unrecht im voraus zu ermuthigen, oder zu den Waffen zu greifen im Vertrauen auf eine in der Weltgeschichte waltende Gerechtigkeit, und die moralische Unterstützung der in anderen Völkern lebendigen Rechtsüberzeugung. Im Vergleich zum Privatrecht und Strafrecht ist die Realisation der völkerrechtlichen Ansprüche unzweifelhaft eine weniger sichere; doch zeigt sich in der Gegenwart unzweifelhaft gerade darin eine Fortbildung des Völkerrechts, daß Kriege zum Zwecke der Eroberung und der eigennützigen Uebervortheilung eines schwächeren Staates vom Gewissen der Nationen verworfen werden und der Rechtscharakter des Krieges in seiner bedingten Nothwendigkeit stets deutlicher hervortritt. Nicht einmal jede Rechtsverletzung ohne Unterschied vermag den Krieg politisch und sittlich zu rechtfertigen, sondern nur eine solche, welche in ihrer Bedeutung und Größe die berechnende Erwägung zurückdrängt: daß jeder Kriegführende mehr auf das Spiel setzt, als er zu gewinnen hoffen darf.

Objectiv betrachtet kann unter den Kriegführenden wie unter den Proceßparteien nur Einer im Rechte sein: der Fordernde oder der eine Forderung Verweigernde, der Angreifende oder der Angegriffene. Wer der Berechtigte in der Sache ist, läßt sich indessen im voraus bei dem Beginn eines Feldzuges ebenso wenig in einer das Urtheil bindenden Weise sagen, wie in einem Processe vor dem Vorhandensein einer rechtskräftigen Entscheidung. In dem Kampfbeweise sind also die streitenden Theile nach ihrem gegenseitigen Verhältnisse, wie nach ihren Anforderungen gegen die Neutralen vollkommen gleichberechtigt. Jeder von den Kriegführenden hat seinem Gegner zu gestatten, was er sich selbst erlaubt; selbst zu unterlassen, was er am Gegner verwirft.

Mit dem Ende des Mittelalters sind nur noch Staaten Subjecte der Kriegführung oder im Bürgerkriege auch eine solche Partei, die zum erklärten Zwecke der Losreißung und selbstständigen Constituirung eines Staatsgebietes zu den Waffen greift, wenn sie, der unterdrückenden Macht des Strafgesetzes entwachsen, ausreichend stark erscheint, um die Regeln der Kriegführung zu beobachten und sich im Kampfe behaupten zu können. Unter solchen Voraussetzungen kann einer aufständischen Partei von den Neutralen die Eigenschaft einer kriegführenden Macht gleichsam in Vorausnahme einer Staatsordnung zugebilligt werden. Dagegen ist es keine Frage des Völkerrechts: ob eine rechtmäßig bestehende Regierung den gegen sie kämpfenden Insurgenten die Behandlung als einer kriegführenden Macht angedeihen lassen soll, oder ob sie von einem ihr zustehenden Strafrechte Gebrauch machen will. Ob eine auswärtige Macht wegen zu früher Anerkennung einer hinterher unterliegenden aufständischen Partei als kriegführender im Bürgerkampf zur Rechenschaft gezogen werden kann, bildet einen der Streitpunkte in der „Alabamasache".

Die Gegnerschaft kriegführender Staaten kann durch Allianceen eine vervielfachte sein. Man unterscheidet daher Hauptparteien (verbündete und gegnerische) und Nebenparteien. Eine Nebenpartei ist vorhanden, wenn ein Staat nur zu bestimmt bemessenen Kriegsleistungen in Geld, Truppen oder anderen Zuwendungen einem Verbündeten verpflichtet ist, während von einer Hauptpartei erwartet wird, daß sie nach dem Maße

ihrer Kräfte bis zur äussersten Anstrengung aller Mittel erforderlichenfalls einzutreten bereit ist. In dem Verhältniß der Nebenpartei ist zu prüfen ihre Stellung zu ihren Verbündeten und zu dem gemeinsamen Gegner. Erstere ergibt sich theils aus den besonderen Verabredungen der Bündnißverträge theils aus dem ergänzenden Satze: daß die Nebenpartei nicht zurückgesetzt und preisgegeben werden darf. Wie eine gegnerische Nebenpartei im Kriege zu behandeln, ist wesentlich Sache der Politik. Sie kann geschont, oder ebenso thatkräftig bekämpft oder sogar, wenn sie sich zur Theilnahme am bevorstehenden Kampfe angeschlossen zeigt, vorzugsweise und zuerst angegriffen werden.

(**Literatur**: Allgemeine Werke über den Krieg: N. Villiaumé, l'Esprit de la guerre. Principes nouveaux du droit des gens, de la science militaire et des guerres civiles, 3 ed., 1864. — P. J. Proudhon, La Guerre et la Paix, I. vol., 1869. — Vom politischen Standpunkte aus: P. Leroy-Beaulieu, Recherches économiques, historiques et statistiques sur les guerres contemporaines (1853—1866), 1869. — Larroque, De la guerre et des armées permanentes, 1866. — Bemis, The Reognition of Rebel Belligerency 1865).

§. 56. Kriegserklärung. Um jeden Zweifel über die Grenzscheide zwischen Krieg und Frieden zu zerstören, hat man von jeher darauf Gewicht gelegt, daß die Absicht der Kriegführung von Seiten des Angreifenden unzweideutig erklärt werde. Ein plötzlicher und unvermutheter Ueberfall des Gegners, der die Fortdauer des Friedens voraussetzt, ist völkerrechtswidrig. Die Möglichkeit rechtzeitiger Gegenwehr gehört zum Begriffe des Krieges. Dagegen ist nicht mehr erforderlich, daß zwischen Kriegserklärung und Kriegsbeginn ein längerer Zwischenraum verfließe oder die Kriegserklärung in einer feierlichen Form, wie in den antiken oder mittelalterlichen Herausforderungen abgegeben werde. Es genügt eine auch zur Kenntniß des Anzugreifenden gelangende Kundgebung an die Unterthanen der kriegführenden Staaten zum Zwecke der Ankündigung des Kriegszustandes, oder eine bedingte Erklärung, indem eine letzte Frist zur Erfüllung einer unabweislichen Forderung gestellt wird (Ultimatum). Ohne vorangegangene Erklärung kann der Krieg beginnen, wenn einer auf specielle Repressalien gerichteten militärischen Maßregel, z. B. der Blockade, thatsächlich gewaltsamer Widerstand entgegengesetzt wird. In solchen Fällen muß zur Beseitigung eines immerhin möglichen Zweifels eine Erklärung gefordert werden, daß der Kriegszustand eingetreten sei. Neutrale Staaten haben ein Rechtsinteresse, nicht in Ungewißheit über Krieg oder Frieden belassen zu werden. Von directen Kriegserklärungen an den Gegner pflegt ihnen ohnedies nach der Praxis Kenntniß gegeben zu werden.

§. 57. Mittel der Kriegführung. Der Endzweck eines ausgebrochenen Krieges ist nicht nothwendigerweise vollkommen identisch mit seinem ursprünglichen Rechtsgrunde. Der Krieg begründet neue Forderungsrechte unter den streitenden Parteien, vor allen Dingen der Anspruch auf Ersatz alles durch den Krieg erwachsenden Aufwandes. Dieser Endzweck kann vollkommen nur dann erfüllt werden, wenn einer der Gegner durch überlegene Gewalt unfähig gemacht wird zum Widerstande, damit entweder die Erfüllung oder die definitive Abweisung der auf den Streitgegenstand gerichteten Forderungen erreicht ist. Besteht die ernsthafte Absicht, den Gegner im Kampfe zu überwältigen, nicht, so spricht man von Scheinkriegen, in welchen es denkbarerweise vortheilhaft sein könnte, geschlagen zu werden. Alle Mittel, welche erfahrungsgemäß auf die Erreichung des Endzweckes von erheblichem Einfluß sind, erscheinen als gerechte Mittel des Krieges (s. g. Kriegsräson). Und umgekehrt, diejenigen Acte der Zerstörung, welche unwesentlich oder erfahrungsgemäß unwirksam erscheinen für die Beendigung des Krieges oder gegen Personen gerichtet sind, deren Verluste ohne Einfluß sind auf die Entschließung der Staaten, erscheinen unbedingt verwerflich.

Daraus ergibt sich beispielsweise, daß Tödtungen von wehrlosen Privatpersonen, von Frauen und Kindern oder Zerstörungen von Privateigenthum — weil sie in der Noth des Krieges als zwingende Motive zum Frieden nicht empfunden werden, nicht nur von dem sittlichen Standpunkt der Humanität aus zu verwerfen, sondern kriegsrechtlich geradezu unzulässig sind. Nur gegen die Kräfte des Staates ist Krieg zu führen, bis sie aufgehört haben, wehrhaft zu sein. Von selbst versteht sich dabei, daß eine Verletzung der Regeln der Kriegführung auch den Gegner im Kriege zur Vergeltung berechtigt.

Die Mittel der kriegerischen Action sind entweder Mittel der Gewalt oder Mittel der Täuschung. An der Erlaubtheit der Kriegslist im allgemeinen besteht nicht der mindeste Zweifel: Unkenntniß und Irrthümer entwerthen im Kriege selbst eine materiell überlegene Gewalt. Verbreitung falscher Nachrichten und Hinterhalte zählen daher zu den angemessenen Mitteln der Kriegführung. Das Recht, zu täuschen und zu hintergehen, hört Feinden gegenüber erst da auf, wo Vertrauen erwartet werden darf, und die Möglichkeit des Widerstandes ideell nicht besteht. Auch gegen Feinde kann schnöder Verrath geübt werden: Vergiftungen, absichtliche Ansteckung durch Krankheitsstoffe, Ermordung durch gedungene Banditen. Unter allen Mitteln der Täuschung ist das allgemeinste der Gebrauch von Spionen oder Kriegskundschaftern, welche unter Verheimlichung ihrer Absicht durch täuschende Veranstaltung oder in Verkleidung innerhalb der feindlichen Linien Nachrichten für den Feind sammeln. Obwohl der Dienst eines bezahlten Spions für nicht ehrenhaft gilt, so weiß jeder der Kriegführenden, daß der Gegner sich der Spionage bedient. Jeder hat also die Möglichkeit, sich zu schützen, und sucht sich zu vertheidigen, indem er das gleiche Recht übt und gegen die Spionage überdies die Motive der Abschreckung durch eine uneigentlich s. g. Todesstrafe präventiv in Thätigkeit setzt.

Vorwiegend trägt der Krieg den Stempel der Gewaltsamkeit gegen feindliche Soldaten und feindliches Eigenthum. Der Zerstörung ist letzteres überhaupt insoweit ausgesetzt, als dadurch wesentliche Vortheile für Operationen des Krieges zu erreichen sind. Niederbrennung von Gehöften, hinter denen der Feind sich verbirgt, Sprengung von Brücken, Inundationen von Feldern und Wiesen, Zerstörung der Eisenbahnen, Telegraphen und anderweitiger Communications= oder Transportmittel, Vernichtung von Vorräthen, die dem Feinde zu gute kommen könnten, sind Maßnahmen, welche zur herkömmlichen Vorsorge der Feldherrn gehören. Die Grenzen gegen unerlaubte und barbarische Zerstörungen sind allerdings nicht leicht zu ziehen. Doch würde anzunehmen sein, daß jede über das voraussichtliche Bedürfniß der Transportverhinderung hinausgehende Zerstörung kostbarer Eisenbahnbauten, oder die Verwüstung einer weit ausstehenden Ernte auf den bereits bestellten Feldern in der Gegenwart schwerlich der Mißbilligung entgehen dürfte. Geringfügigen und augenblicklichen Vortheilen des Krieges dürfen nicht werthvolle Anstalten des Friedens durch dauernde Zerstörung hingeopfert werden. Es gilt hier der Grundsatz der Proportionalität in der Sphäre der Zweckmäßigkeiten. Die höchste Stufe der kriegerischen Gewalt richtet sich gegen feindliche Personen und deren Leben. Das Tödtungsrecht ist unzertrennlich vom Kriege. Aber auch hier ist wohl zu unterscheiden zwischen den Niedermetzelungen und planlosen Vernichtungen des menschlichen Lebens auf der einen Seite und der Beseitigung eines auf Tod und Leben entschlossenen bewaffneten Widerstandes. Die vollendete Art der Kriegführung heißt: entscheidende Ueberwindung des Gegners mit geringsten Opfern auch auf Seiten des Besiegten; völkerrechtswidrig ist jede Zerstörung, die um ihrer selbst willen verübt ward, unsittlich selbst das Motiv der Rache gegen den überwundenen Feind im Kriege.

(**Literatur.** Corsini, Las leyes de la guerra segun las tradiciones y los adelantos de la civilisacion, 1857. — Montague Bernard, Laws of war in den Oxford Essays, 1856. — Graham, Military ends and moral means, 1864.)

§. 58. Der active Kriegsstand. Die Regeln ordnungsmäßiger Kriegführung sind nur dann mit einiger Sicherheit einzuhalten, wenn in jedem Falle eine strenge persönliche Verantwortlichkeit für deren Ueberschreitung vorhanden ist. Eine solche kann aber nur gegeben sein in einem fest geordneten Obercommando und einer zum Gehorsam unbedingt verpflichtenden, regelmäßig disciplinirten Truppe. Ohne ständigen verpflichtenden Oberbefehl und die strenge Zucht des kriegerischen Gehorsams keine Möglichkeit geordneter Kriegführung. Disciplin in den Armeen ist somit nicht nur für die Sicherheit der Staaten, sondern auch für die Ordnung des Völkerrechts von Wichtigkeit. Daher die Anforderung: daß die Acte der Kriegführung nur durch die der Verfügung des Oberbefehls unterliegenden Truppenkörper und Streitkräfte zu Lande und zur See, niemals durch Privatpersonen auf eigene Hand und selbstständig vorgenommen werden dürfen. Nur die Truppen haben activen Kriegsstand, was als ein Fundamentalsatz des neueren Völkerrechts anerkannt werden muß; denn nur so können die Wirkungen des Kriegszustandes von Privatpersonen und Privatvermögen wenn nicht überall thatsächlich, so doch grundsätzlich fern gehalten werden. Die Staaten führen Krieg, nicht die Individuen wie in Zeiten der Barbarei. Zum activen Kriegsstand sind auch die Freicorps zu rechnen, welche, in regelmäßiger militärischer Organisation kenntlich gemacht, nur die Besonderheit haben, daß sie für gewisse Zwecke, namentlich den s. g. kleinen Krieg, selbstständig operiren können. Dagegen unterliegen Freischaaren, d. h. solche Banden, welche sich auf eigene Hand bewaffnen und ohne stehenden Oberbefehl nach Gelegenheit vereinigen, auflösen und zerstreuen, mit Recht einer ungünstigeren Behandlungsweise. Der Bandenkrieg ist Privatkrieg ohne völkerrechtlich anerkannten Anspruch auf Schutz für Person und Eigenthum. Dieselben Gesichtspunkte müssen auch bei der Würdigung der Kaperei im Seekriege gelten. Kaperei ist nämlich eine durch schriftliche Vollmacht eines kriegführenden Staates (s. g. Kaper- oder Markebrief) autorisirte Seekriegführung durch Handelsfahrzeuge, welche somit zur Wegnahme oder Zerstörung feindlichen Eigenthums zur See im Dienste der Kriegführenden berechtigt werden. Kaperei ist also Privatkrieg zur See, welcher sich deswegen längere Zeit in Gebrauch erhielt, weil die handelspolitischen Interessen der Seeherrschaft eine Vernichtung des vom Gegner betriebenen Seehandels zu fördern schienen und die Kräfte einer Kriegsmarine für diesen Zweck nicht ausreichend sein konnten. In den Pariser Friedensverhandlungen wurde die Abschaffung der Kaperei beschlossen; doch sind bis jetzt nicht alle Staaten den dahin gehenden Verabredungen beigetreten.

§. 59. Passiver Kriegsstand. Nach der bereits gegebenen Begründung des activen Kriegsstandes kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Armeen, wie sie die unmittelbar handelnden Subjecte, so auch die unmittelbar leidenden Objecte der Kriegführung sein müssen. Der absichtlichen Tödtung und Verwundung unterliegen nur wehrhafte Combattanten, der Gefangennahme alle Angehörigen der Truppenkörper. Eine der wichtigsten Beschränkungen des passiven Kriegsstandes ist die auf der Genfer Convention beschlossene Neutralisation aller der Pflege der Verwundeten dienenden Anstalten und Personen. Ursprünglich nur auf den Landkrieg (1864) berechnet, ist diese Erklärung, welcher sich alle civilisirten Staaten Europa's angeschlossen haben, seitdem (1868) auch auf den Seekrieg ausgedehnt worden. Heilung und Pflege sogar der verwundeten und erkrankten Feinde ist soweit als eine Sache der Menschlichkeit und der Menschenrechte anerkannt. In die Mitleidenschaft des Krieges werden aber trotz der Beschränkung des Tödtungsrechts und der Gefangennahme auf die unmittelbar wirkenden Streitkräfte des Feindes stets andere Kreise hineingezogen werden müssen. Neben den nächsten militärischen Aufgaben hat jeder Krieg auch eine damit eng verbundene politische Seite. Es kommt darauf an: den feindlichen Staat zu verhindern, die ihm auf dem Kampfplatz zugefügten Verluste zu ersetzen,

seine Armee auszurüsten, zu unterhalten und zu verpflegen und aus seinem Herrschaftsverhältnisse über seine Unterthanen Vortheil zu ziehen. Demgemäß ist in Betracht zu ziehen: die Einwirkung des Krieges auf das Vermögen des Feindes und die Staatseinrichtungen im feindlichen Lande.

§. 60. Feindliches Vermögen im Kriege. Aus dem Rechtscharakter des modernen Krieges folgt, daß das Privateigenthum, abgesehen von dem Falle einer für Acte der Kriegführung unmittelbar nöthigen Zerstörung oder Benutzung, dauernd nicht weggenommen oder angeeignet werden darf. Ganz ausnahmslos sollte dies gelten von solchem Privateigenthum, welches sich im Gebiet eines feindlichen Staates befindet und somit dem Gegner thatsächlich noch gar nicht zugänglich ist. Wie in der neuesten Zeit feindlichen Unterthanen der ruhige Verbleib im Lande auch nach Ausbruch des Krieges gestattet wird, so muß auch deren Eigenthum geschont werden; wenngleich nicht geleugnet werden kann, daß die alte Anschauung von der Rechtlosigkeit des Fremden im Kriege noch einige Anhänger zählt, die alles auf den guten Willen und die milde Praxis stellen wollen, oder gar noch Unterscheidungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern rechtfertigen. Anders verhält es sich mit feindlichem Eigenthum im besetzten Feindesland. Hier gibt es mehrere Unterscheidungen. Zunächst 1) Privateigenthum, welches in verzehrbaren und der Truppenverpflegung dienenden Naturalien besteht, darf zum Consum weggenommen werden; unbedingt im Wege der bezahlten Zwangslieferung, welche als eine durch den Krieg nothwendige Expropriation betrachtet werden kann. Bedenklich ist die Wegnahme ohne Zahlung oder Zahlungsversprechen. Doch wird die ausnahmsweise Zulässigkeit für den Nothfall nach der Natur des Krieges nicht zu bestreiten sein. 2) Staatseigenthum. Alle verzehrbaren Vorräthe des feindlichen Staates dürfen nicht nur zerstört, sondern auch verbraucht werden. Dasselbe gilt von Kriegskassen und baaren Staatsgeldern, die für Zwecke der Kriegführung benutzt werden könnten. Grundeigenthum der feindlichen Staatsgewalt darf mit Beschlag belegt werden. Occupation während des Krieges, und folglich Veräußerung ist jedoch unstatthaft.

§. 61. Beute und Prise. Eine eigenthümliche Ausnahmestellung nimmt in der Kriegführung der heutigen Zeit die Occupation an feindlichem Gute ein; d. h. die Wegnahme feindlicher Sachen in der Absicht und mit dem Erfolge des Eigenthumserwerbes. Das bewegliche Eigenthum der feindlichen Staatsgewalt, welches für Zwecke der Kriegführung brauchbar ist, kann durch kriegführende Mächte unbedingt occupirt werden, z. B. Waffen, Pferde, Geschütze u. s. w. Aber auch an gewissen Gegenständen des Privateigenthums findet immer noch Erbeutung statt: an allen Werthobjecten, welche eine feindliche Person im Gefechte bei sich führt und (wie man annimmt) der Person des Siegers preisgibt. Unverkennbar bahnt sich aber auch hier eine edlere Auffassung bereits den Weg in die Denkweise der Armeen. Der gebildete und humane Soldat verschmäht, was eine strenge Theorie vertheidigt. Plünderung gefallener Soldaten durch Privatpersonen ist öfter als Diebstahl bestraft worden. Als völlig unzulässig in rechtlicher Beziehung muß ferner, selbst wenn vom Feldherren der Belagerungstruppen vor dem Sturme gestattet, die Plünderung belagerter feindlicher Plätze betrachtet werden. Die bedeutendste Ausnahme von dem Princip der Unverletzlichkeit des Privateigenthums ist die s. g. Prise im Seekriege. Nach der alten noch gegenwärtig nicht aufgegebenen, aber durch Wissenschaft und Rechtsgefühl gleich angefochtenen Praxis unterliegt alles feindliche Privateigenthum zur See, soweit es nicht eben durch Recht der Neutralen gedeckt wird, der Wegnahme zum Zwecke der Zerstörung oder Aneignung, welche letztere einer Bestätigung oder Anerkennung durch s. g. Prisengerichte des kriegführenden Staates bedarf, um damit die Nationalität der „guten Prise“ als feindlich zu constatiren. Diese Schutzlosigkeit des

feindlichen Privateigenthums bildet in rechtlicher Hinsicht den hauptsächlichsten Unterschied zwischen Land- und Seekrieg.

§. 62. Feindliche Staatseinrichtungen. Eine Invasion feindlicher Gebietstheile begründet unzweifelhaft die Rechte, feindlichen Unterthanen diejenigen Befehle zu ertheilen, welche mit dem Kriegszwecke im Zusammenhang stehen. Die gegnerische Staatsregierung ist zu hindern, aus ihrem Herrschaftsverhältnisse irgend welche Vortheile zu ziehen, Steuern einzutreiben oder Truppenaushebungen vorzunehmen. Ebenso ist allen denjenigen Anordnungen Folge zu leisten, welche sich auf die Sicherheit der Besatzungstruppen oder den Fortgang der kriegerischen Operation beziehen. Derartige Verfügungen haben keineswegs ihre Grundlage in einem blos physischen Gewaltverhältniß, sie beruhen auf rechtlicher Anerkennung unter den Kriegführenden. Der Charakter aller solcher Maßnahmen kann aber nur ein provisorischer sein, und ist überdies ein durch die Thatsache der Besetzung bedingter. Der Feind kann und darf das Unterthanenverhältniß in den besetzten Landestheilen nicht aufheben oder gar auf sich selbst übertragen. Er hat keinen Anspruch auf Heerdienstleistungen oder persönliche Unterstützung, auf Auskunftsertheilung oder Verrath von Staatsgeheimnissen. Er kann kein Gesetz aufheben oder ändern, sondern nur suspendiren, soweit als es im Interesse der Kriegführung oder der eigenen Sicherheit geboten erscheint. Kriegs- und Standrecht gegen feindliche Unterthanen zu üben, ist er nur soweit berechtigt, als Feindseligkeit und Verbrechen gegen die Besatzungstruppen zu unterdrücken und zu bestrafen sind. Dagegen ist es den bestehenden Gerichten eines feindlichen Staates zu überlassen, inwieweit sie für den regelmäßigen Gang der Civil- und Strafrechtspflege Sorge tragen wollen, ohne daß der Feind irgend ein Recht hätte, für diesen Zweck Stellen zu besetzen oder zu vergeben. Sehr bestritten ist in der Gegenwart das Recht der Kriegscontributionen und Kriegssteuern im feindlichen Lande. Ein rechtlicher Grund, von feindlichen Unterthanen Gelder zwangsweise zu erheben, könnte wohl nur in zwei Fällen anerkannt werden: wenn es sich um Repressalien handelt oder um eine wirksame Unterdrückung einer von feindlichen Bevölkerungen ausgehenden Feindseligkeit durch Androhung einer Gesammtverantwortlichkeit Aller, die in der Auflegung einer Geldleistung (Contribution) zu erzwingen wäre.

§. 63. Postliminium und Kriegsgefangenschaft. Mit dem Wegfall einer feindlichen Invasion hören auch alle diejenigen Verfügungen auf wirksam zu sein, welche lediglich ihren Grund in der feindlichen Gewalt hatten. Der alte Rechtszustand tritt wiederum von selbst in Wirksamkeit, wenn ein besetzt gewesener Landestheil unter die Verfügung der berechtigten, vorübergehend aus der Herrschaft verdrängten, Staatsgewalt zurückkehrt. Auch für Privatrechtsverhältnisse gilt derselbe Satz. Jede unzulässige Aneignung wird zu Gunsten der rechtmäßigen Eigenthümer als nicht geschehen angesehen, sobald die factische Verfügungsgewalt des Feindes in Wegfall kommt. Die Gesammtheit dieser die Thatsache der feindlichen Gewalt negirenden Wirkungen bezeichnet man gegenwärtig als jus postliminii. Der Inhalt dieser Rechtssätze muß ein um so reicherer sein, je weiter sich der rechtliche Wirkungskreis eines Kriegs erstrecken kann. Bei den Römern bedeutete Gefangenschaft des Feindes dessen Rechtlosigkeit in persönlicher Hinsicht. Es fand daher das postliminium gerade in der menschlichen Person seinen Ausgangspunkt und seine wichtigste Anwendung. Befreiung oder Rückkehr aus der Gefangenschaft ließ die inzwischen untergegangenen Rechte der Person unmittelbar wieder aufleben. Postliminium bedeutet daher: Wiedereintritt in einen Rechtsgenuß, der nach vorangegangener thatsächlicher Störung und Beeinträchtigung keiner rechtlichen Wiederherstellung, beim Fortfall der störenden Thatsache bedarf.

Das Recht der Kriegsgefangenschaft hat sich gleichfalls im Laufe der Jahrhunderte vollkommen umgestaltet. Von einer Sclaverei, Tödtung oder Rechtsverkümmerung, sogar von einem durch das Mittelalter hindurchgehenden und bis in die neueste Zeit sich erstreckenden Loskauf der Gefangenen ist keine Rede mehr. Die Pflichten, welche der Staat gegen seine Kriegsgefangenen zu üben hat, sind gleichsam in den Vordergrund getreten vor den Rechten; er muß sie unterhalten, verpflegen und aufbewahren, bis das Ende des Kriegs auch völlig von selbst das Ende der Kriegsgefangenschaft eintreten läßt. Somit ist das ehemals wichtigste Object des Postliminium fortgefallen. Es bezieht sich dasselbe nur noch auf die Einwirkungen einer feindlichen Gewalt auf Staatseinrichtungen und Privateigenthum. Soweit als der Feind berechtigt ist, definitive Erwerbungen zu machen, kann daher ein Postliminium nicht eintreten. Die inzwischen verkaufte oder veräußerte Beute, welche rechtmäßig gemacht wurde, verbleibt dem späteren Erwerber, der einen gültigen Privatrechtstitel an der Beute gewinnt. Sehr zahlreiche und schwierige Streitfragen bezogen sich auf die Wiedererlangung der vom Feinde zur See gemachten Prisen oder die s. g. Reprisen.

§. 64. Friedensschluß. Der Krieg kann auf verschiedene Art sein Ende finden: Entweder durch Einstellung der Feindseligkeiten von beiden Seiten, wenn die Kriegführenden ihre Kräfte vollkommen erschöpft haben, ohne den thatsächlich nothwendig gewordenen Frieden förmlich erklären zu wollen, oder durch vollkommene Niederwerfung des Gegners, von welchem man eine Friedenserklärung nicht begehrt oder nicht erlangen kann, weil er den Erfolg des Krieges, nämlich die inzwischen vollzogene Eroberung, nicht anerkennen will. Oder endlich durch förmlichen und feierlichen Vertrag: Friedensschluß. Dem völkerrechtlichen Interesse entspricht die förmliche Beendigung des Krieges ebenso sehr, wie die förmliche Eröffnung durch Kriegserklärung. Jene beiden zuerst erwähnten Arten der Beendigung lassen es mindestens für eine gewisse Uebergangszeit zweifelhaft, ob das Aufhören der Feindseligkeiten nur ein vorübergehendes oder dauerhaftes sein werde.

Nur durch Friedensschluß kann ein neues, festes und bindendes Rechtsverhältniß mit bestimmten Anfangspunkten hergestellt werden. In der Regel geht demselben, da der förmliche Abschluß Zeit erfordert, ein Waffenstillstandsvertrag voraus, mit welchem eine nur zeitweilige, ohne Absicht des Friedensschlusses vereinbarte Einstellung der Feindseligkeiten, s. g. Waffenruhe, nicht verwechselt werden darf, obgleich diese Verschiedenheit der Zweckbestimmungen auf die juristische Natur der gegenseitigen Verpflichtungen keinen Einfluß hat. Die Friedensinstrumente haben neben einem besonderen, aus der Natur des vorangegangenen Streitfalles hervorgehenden Inhalt nothwendigerweise gewisse wesentliche Wirkungen: Sofortige Einstellung der Feindseligkeiten vom Augenblicke des Abschlusses oder (für entfernte Truppenbefehlshaber) der erlangten Kunde, (was übrigens auch für Waffenstillstandsverträge gilt); Freigabe der Kriegsgefangenen, welche ohne besondere Abrede als Geißeln nicht zurückbehalten werden dürfen; definitive und gleichsam rechtskräftige Beseitigung des Kriegsgrundes durch das neue im Friedensschluß verabredete Vertragsverhältniß, so daß ein späteres nochmaliges Zurückgehen auf den alten Streitpunkt ausgeschlossen bleibt: eine Bestimmung, ohne welche die Friedensschlüsse (was sie in der Praxis der Staaten lange Zeit hindurch gewesen sind) nur simulirte Waffenstillstandsverträge sein würden; ferner Vergebung aller während des Krieges bewirkter Schadenszufügungen, auch wenn dafür kein besonderer Schadensersatz geleistet wurde (s. g. Amnestieclausel). Friedensschlüsse sind stets unbedingt. Mißverständlich wurde eine Unterscheidung zwischen einfachen, reinen Friedensschlüssen (paix pure et simple) und bedingten Friedensschlüssen gemacht. Unter jenen wollte man solche verstehen, welche sich nur auf

Herstellung des Friedenszustandes allein beziehen, ohne Bestimmung über Besitzveränderungen oder Stipulationen anderer Art zu enthalten. Hierbei wird indessen das Nichteintreten einer Bedingung mit der Nichterfüllung aller im Frieden verabredeten Leistungen verwechselt. Wenn ein Theil seinen im Friedensschlusse übernommenen Verbindlichkeiten nicht genügt, so könnte selbstverständlich wegen Vertragsbruches ein neuer Kriegsgrund entstehen. Neben solchen wesentlichen Inhaltsbestimmungen, die in keinem Friedensschlusse fehlen können, finden sich gewisse übliche Vereinbarungen, die in Ermangelung besonderer Erklärung präsumirt zu werden pflegen, jedenfalls aber der freien Vereinbarung durch die Parteien unterliegen. Welchen Einfluß der Friedensschluß auf das vor dem Kriege gewesene Vertragsrecht der Staaten ausübt, ist eine hierher gehörige Frage, deren Beantwortung durchaus derjenigen correspondirt: welchen Einfluß der Ausbruch der Feindseligkeiten auf das Vertragsrecht der kriegführenden Parteien ausübt. An allgemein anerkannten Präsumtionen gebricht es vorläufig. Man könnte höchstens sagen, was das an sich Wünschenswerthe sein würde.

Sehr streitig ist auch das Verhältniß einer siegreichen Macht nach völliger Niederwerfung und Wehrlosmachung des Gegners zu den von ihr eroberten Gebietstheilen. Es fragt sich, ob der Sieger an die Landesverfassung des eroberten Gebietes gebunden ist, oder zu einer Einverleibung schreiten kann? Wenn überhaupt eine gewaltsame Eroberung völkerrechtlich anerkannt wird, so muß auch zugegeben werden, daß der Sieger nicht durch das Gesetz des Besiegten in staatsrechtlicher Hinsicht gebunden sein kann. Er hat vielmehr frei zu entscheiden, ob ein altes Verfassungsrecht, welches ohnehin in seinem wesentlichen auf die Herrschaftsberechtigung bezüglichen Theile hinfällig geworden, mit dem neu nach der Eroberung eintretenden Zustande vereinbar erscheint oder nicht. Keinenfalls kann indessen ein erobernder Staat Unterthanenpflichten von denjenigen beanspruchen, welche vor oder bei Einverleibung eines ehemaligen Staates das Land in der Absicht dauernder oder bis zur Herstellung der alten Dynastie vertagter Auswanderung verlassen haben.

(Ueber den Einfluß der Einverleibungen auf das Unterthanenverhältniß. Zwei Gutachten von Zachariä und Neumann. Abgedruckt in der Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung. 1868. S. 304.)

VII. Die Rechte der Neutralen.

§. 65 Wesen und Charakter der Neutralität. Mit vollem Rechte sagt Heffter: „Nichts sei für den rechtlichen Bestand einer sittlichen Staatengesellschaft so wichtig, als ein festes und klares Verhältniß der Neutralität.“ Man könnte hinzufügen: nichts bezeichne so klar den Fortschritt der völkerrechtlichen Entwickelung als die fortschreitende Anerkennung der Neutralitätsrechte durch die Kriegführenden. Denn diese Anerkennung heißt: Uebergewicht der friedlichen Rechtsinteressen über die in der Kriegführung verfeindeter Staaten waltenden Interessen der Zerstörung. Die Idee, daß der Krieg nicht das Maßlose und Willkürliche, sondern selbst dem Gegner regelrechten Kampf bedeute, kann nur dann in der Wirklichkeit eintreten, wenn die Streitenden zuvor sich gewöhnt haben, die Rechte unparteiischer Staaten zu achten. Denn Neutralität heißt: Unparteiische Theilnahmlosigkeit eines Staates gegenüber dem Kampfe kriegführender Staaten. Neutral zu bleiben, ist das Recht jedes souveränen Staates; ob auch halbsouveräne Staaten neutral bleiben können, wenn die Schutzmacht in einen Krieg verwickelt wird, könnte zweifelhaft erscheinen. Bezüglich der Ionischen Inseln ist im orientalischen Kriege die Frage bejaht worden. Neben diesem gegenwärtig anerkannten Rechte, dem Kampfe anderer

Staaten fremd zu bleiben, sprach man früher öfter von einer s. g. unvollkommenen Neutralität, welche auf bloßer Vergünstigung einer kriegführenden Partei gegen den beruht, welchen dieselbe das Recht hätte wegen feindseliger Handlungen als eine Nebenpartei des Gegners zu bekämpfen; unvollkommene Neutralität sollte auch vorhanden sein, wenn beiden kriegführenden Parteien gleiche Vortheile, z. B. Werbungen zur Verfügung gestellt werden. Solche auf thatsächlicher Duldung beruhenden Verhältnisse gehen indessen das Völkerrecht nichts an; höchstens können sie unter Umständen als Bestandtheile der besonderen Vertragsrechte einzelner Staaten betrachtet werden. Auch die Kriegführenden können sich wechselseitig verpflichten, gewisse Gebietstheile ihres eigenen Territoriums als neutral zu respectiren. Unvollkommene Neutralitat beruht also auf keinem anderen Grunde, als auf einem Einverständniß der Kriegführenden.

Rechte und Pflichten der Neutralität stehen im engsten Zusammenhange und bedingen sich wechselseitig, dergestalt, daß ein neutraler Staat, so lange er seine Pflichten gegen die Kriegführenden beobachtet, auch seinerseits die Achtung seiner Neutralität beanspruchen kann, und umgekehrt jede Verletzung derselben auch das Recht in Frage stellt. Will man an die subjectiven Grundrechte anknüpfen, so ergibt sich, daß das Recht eine neutrale Stellung anzunehmen, sowohl aus der Selbsterhaltung und aus der Unabhängigkeit, wie auch aus dem Rechte auf Achtung abgeleitet werden kann. Die Schwierigkeiten der Neutralität liegen für schwächere Staaten vorzugsweise darin, daß auch die Schwäche, welche die Neutralität gegen Willkür eines kriegführenden Staates nicht zu vertheidigen vermag, das Recht der Neutralität dem kriegführenden Gegner gegenüber hinfällig macht. In der Mitte zwischen mächtigen Gegnern kann der neutrale Staat sehr leicht in Gefahr kommen, die ihm zugefügten Neutralitätsverletzungen büßen zu müssen. Gerade auf dieser Erwägung beruht die bereits erwähnte gewissen schwächeren Staaten gewährte Neutralitätsgarantie der Mächte. Der neutrale Staat in seinem Verhältniß zu den Kriegführenden ist innerhalb seiner Rechtsstellung gleichzeitig Subject und Object solcher Verletzungen, welche man unter dem gemeinsamen Ausdruck der Rechtsverletzungen begreift.

Aus dem Wesen und dem Begriffe der Neutralität ergeben sich folgende Grundsätze: Der Neutrale schuldet Niemand Rechenschaft über die Gründe seiner Neutralität; er kann zu ihrer Aufrechterhaltung Rüstungen und Truppenaufstellungen vornehmen, er bewahrt seine Rechtsstellung zu beiden Kriegführenden in derselben Weise, wie sie durch das allgemeine Völkerrecht für den Friedenszustand vorgezeichnet sind. Er braucht nicht zu dulden, daß neutrales Eigenthum im Gebiete der kriegführenden Staaten schuldhafterweise verletzt wird. Dies sind seine Rechte.

Andererseits schuldet er jedem Kriegführenden Verantwortlichkeit dafür, daß der Gegner weder direct oder indirect von ihm begünstigt werde. Er darf nicht dulden, daß neutrales Gebiet durch feindliche Truppen betreten werde. Er hat sich jeder Störung der für die Kriegführung nothwendigen Maßnahmen zu enthalten. Dies sind im wesentlichen seine aus dem Begriff der Neutralität abzuleitenden Pflichten.

Unverkennbar zeigt sich neben der zunehmenden Achtung vor der Rechtsstellung der Neutralen auch gleichzeitig das Bestreben, die Pflichten der Neutralen strenger zu bestimmen als ehemals. In vielen Strafgesetzbüchern werden solche Handlungen, welche mit den Neutralitätspflichten der Staaten im Widerspruch stehen, als verbrecherisch bezeichnet (z. B. Anwerbungen für den Dienst einer fremden Armee). Doch darf man hierin nicht zu weit gehen. Jedenfalls muß man heutzutage annehmen, daß Versorgung einer kriegführenden Truppe mit Heilapparaten oder Arzneien für seine Verwundeten, Pflege feindlicher Soldaten in Erkrankungsfällen nicht als Neutralitätsverletzungen anzusehen sind.

Ebenso wenig kann blos moralische Parteinahme oder Bezeugung von Sympathien und Antipathien in Beziehung auf die kämpfenden Theile einem Staate zur Last fallen.

§. 66. Der Handel der Neutralen. Wenngleich die Principien, welche das Verhältniß der Neutralen und der Kriegführenden beherrschen, im großen und ganzen klar festgestellt werden können, so läßt sich doch nicht verkennen, daß die Thatsachen sich häufig gegen die Rechtsregel sträuben, welche den Krieg den Neutralen gegenüber für wirkungslos erklärt. Thatsächlich muß der Krieg auf den Zustand auch neutraler Staaten Einfluß haben. Es ist unvermeidlich, daß Neutrale in Folge eines gestörten Credits oder einer unterbrochenen Production an den finanziellen Opfern und Kosten des Krieges wider ihren Willen theilnehmen. Die schwierigste Frage in der Lehre von der Neutralität bezieht sich auf den Handelsverkehr. Der Handel ist nicht blos ökonomische Thätigkeit der Individuen, sondern auch finanzielle Hülfsquelle der Staaten. Daher tritt hier ein gewisser Gegensatz zwischen den Interessen der Kriegführenden und der Neutralen hervor. Jeder der Kriegführenden hat das Bemühen, seinen Gegner von dem auswärtigen Handel abzuschneiden, durch welchen dieser seine eigenen Erzeugnisse verwerthen und seine Bedürfnisse beziehen kann. Die Entziehung ganz allgemein gefühlter Lebensbedürfnisse kann möglicherweise ein wirksames Motiv der Nachgiebigkeit im Kriege werden. Mit der Lähmung des auswärtigen Handels werden überdies stets die inneren Hülfsquellen eines höher entwickelten Staates ins Stocken gerathen. Je lebhafter die Industrie und der Großhandel eines Staates sich zu bethätigen pflegen, desto empfindlicher für den Staat selbst jede Unterbrechung. Eben dieselben Gründe, welche einen Kriegführenden bestimmen, den Handel des Gegners thunlichst zu schädigen, lassen aber umgekehrt die Fortsetzung der früher angeknüpften Handelsbeziehungen den neutralen Staaten wünschenswerth erscheinen. Sie haben das dringende Interesse, ihre Bezugsquellen und ihre Märkte im Auslande unverändert zu erhalten. Das Völkerrecht hat die Aufgabe, die rechtliche Ausgleichung zu finden. Es muß davon ausgehen: Der Feind ist nur mit den der Verfügung der Kriegführenden thatsächlich und rechtlich unterliegenden Mitteln, nicht direct auf Kosten der Neutralen zu bekämpfen. Schadenszufügungen können zwar, von einer Partei im Kriege ausgehend, auf neutrale Staaten in ihren Folgen fortwirken, sollen aber niemals, durch die neutralen Staaten vermittelt, auf den Feind im Kriege übergeleitet werden. Hieraus ergeben sich naturgemäß folgende Regeln: Der Handel der Neutralen mit dem Feinde kann nicht verboten werden, aber er unterliegt thatsächlichen Störungen, für welche kein Schadenersatz verlangt werden kann. Am allerwenigsten kann der Handel neutraler Staaten unter einander irgend einer Verfügung der Kriegführenden unterworfen sein.

Im binnenländischen Handel werden sich der Anwendung dieser Grundsätze keine großen Schwierigkeiten in den Weg stellen. Die Communicationen sind meistens gehemmt oder gefährdet, die Bewegungen der Armeen so ausgedehnt, daß eine Annäherung an den Kriegsschauplatz erschwert werden kann. Schon aus dem Grunde, weil der Handel zur Auskundschaftung leicht benutzt werden könnte, wird er das Schicksal des Personenverkehrs theilen und strengster Ueberwachung unterworfen sein. Im Seekriege verhält es sich anders. Eine dauernde Occupation der Seewege ist nicht möglich. Die hohe See hat außerdem die doppelte Eigenschaft: einmal zulässiger Schauplatz der Feindseligkeiten für die Kriegführenden und gleichzeitig auch friedlicher Verkehrsweg für die neutralen Staaten sein zu können. Wenn man von den Beschränkungen des neutralen Handels zu Kriegszeiten spricht, pflegt man überhaupt nur den neutralen Handel zur See zu meinen.

Hier zeigt sich nun Folgendes: Während der der Natur des Meeres als eines freien Verkehrsgebietes aller Nationen allein entsprechende Satz der sein würde: „Kriegführung zur See ist nur soweit zu dulden, als der Handel der Neutralen darunter nicht leidet“

hat die ältere mit den Seeherrschaftsgelüsten verwobene Praxis meistens den Satz hingestellt, daß der Handel der Neutralen zur See nur soweit unbelästigt bleiben könne, als die Zwecke der Kriegführung dies gestatten. Das gegenwärtige Seekriegsrecht hat zwar namentlich 1856 durch die bereits erwähnte Abschaffung der Kaperei und andere Verbesserungen bedeutende Fortschritte gemacht, doch wird der volle Abschluß einer bisher vielfach verkümmerten Völkerrechtsentwickelung erst dann erreicht sein, wenn einerseis die Unverletzlichkeit des Privateigenthums zur See und andererseits das Recht der Neutralen anerkannt sein wird, die hohe See überhaupt den Feindseligkeiten der Kriegführenden zu verschließen oder mit anderen Worten sie dauernd für neutral zu erklären, unter der Beschränkung dieses Begriffes, daß damit eine einfache Durchschneidung der Seegewässer durch Kriegsschiffe nicht ausgeschlossen werden soll.

Vom Standpunkte der gegenwärtigen Völkerrechtspraxis aus kann der Seehandel der Neutralen überhaupt noch einer vierfachen Beschränkung unterworfen sein: durch Blockade, durch die Regeln über Kriegscontrebande, durch Verbindung mit feindlichem Eigenthum und durch das Untersuchungsrecht zur See.

(**Literatur:** Die neuesten Arbeiten über den Handel der Neutralen sind folgende: Sötbeer, Sammlung officieller Actenstücke in Bezug auf Schiffahrt und Handel in Kriegszeiten. Grundzüge des Seevölkerrechts der Gegenwart, 1855. Nachtrag dazu 1857 und 1859. Neue Sammlung officieller Actenstücke, 1859—1862. - F. W. Russell, The new maritime Law. New-York 1856. — Hautefeuille, Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international, 1858. — J. F. Macqueen, Chief points in the law of war and neutrality, search and blockade, 1862 — E. Cauchy, Le droit maritime international, considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation. 2 tom. 1862. — Hautefeuille, Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime. 2 ed. 1858. — L Gessner, Les droit des neutres sur mer, 1865.)

§. 67. Recht der Blockade. Unter Blockade versteht man die Absperrung eines feindlichen Platzes durch eine denselben belagernde Macht. Zu Lande pflegt eine Belagerung meistentheils in völliger Absperrung von allem Verkehr zu bestehen. Eine Seeblockade ist dagegen ihrer ganzen Art nach unvollständige Absperrung eines Platzes für den Seeverkehr; wenn nicht etwa eine Belagerung zu Lande hinzutritt. Für den Handel der Neutralen hat vornehmlich die Blockade größerer Seehandelsplätze und Häfen eine weitgreifende Bedeutung. Als eine Veranstaltung der Kriegführenden wird die Blockade zu beachten sein; aber nur dann ist das zu fordern, wenn sie effectiv, d. h. wirksam gehandhabt wird. Sie muß über solche Streitkräfte zur See verfügen, daß die Annäherung an den feindlichen Platz nur mit augenscheinlicher Gefahr der Aufbringung bewerkstelligt werden kann. Darin liegt ausgedrückt: daß allerdings eine Unmöglichkeit der Annäherung nicht zur Wirksamkeit gefordert werden kann, wohl aber nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Durchbrechung der Absperrungslinie als Sache besonderer Geschicklichkeit, besonderen Glückes, besonderer Schnelligkeit oder besonderer Unaufmerksamkeit eines blockirenden Geschwaders anzusehen sein würde. Der Neutrale darf nicht beanspruchen, daß seinetwegen die Anstalten der Kriegführung verstärkt werden; der Gedanke ist, daß solche Machtmittel, die dem Feinde gegenüber ausreichend sind, um ihn vom Seeverkehr abzuschneiden, auch den Neutralen zur Achtung verpflichten. Welche Mittel nun ausreichend sind, um eine Seeblockade herzustellen, ist eine durchaus concrete Thatfrage, deren Beantwortung sich nach der Oertlichkeit des blockirten Platzes und der umgebenden Küstengewässer und der nautischen Technik der blockirenden Schiffe in jedem einzelnen Falle richten wird. Indem die Pariser Friedensverhandlungen vorschreiben, daß die Blockaden, um für neutrale Staaten verbindlich zu sein, effectiv sein müssen, haben sie einen Grundsatz hingestellt, welcher der weiteren Ausführung bedarf. Offenbar entspricht

es dem völkerrechtlichen Interesse durchaus nicht, den zur See überlegenen kriegführenden Staat seinerseits nach Gutdünken entscheiden zu lassen, was er zur wirksamen Blockirung thun will. Erfahrungsgemäß wird er sich den Neutralen gegenüber mit einem Minimum begnügen. Er wird niemals zugestehen, daß eine Blockade dem Erforderniß der Effectivität nicht entsprach.

Zu ihrer Verbindlichkeit für Neutrale bedarf die Blockade außerdem der Notification an die Neutralen durch die zur Verhängung des Blockadezustandes legitimirte Gewalt. In welcher Weise die Anzeige geschieht, ist gleichgültig, jedenfalls muß, wenn sich für Neutrale Nachtheile ergeben sollen, dieselbe als rechtzeitige Warnung wirken können. Ordnungsmäßige Blockade verpflichtet sowohl die Regierung als die Unterthanen eines neutralen Staates zur Anerkennung und Beobachtung. Der Versuch mit einem blockirten Platz zu verkehren oder einen blockirten Hafen zu verlassen, ist Zuwiderhandlung gegen das Recht der Kriegführenden. Mißlingt ein derartiger Versuch, so ist das Vergehen des Blockadebruchs vorhanden, welcher im Wege der Selbsthülfe geahndet werden darf und Wegnahme des Schiffes und seiner Ladung, auch Festhaltung seiner Mannschaft zur Folge haben kann. Gelingt der Blockadebruch, so ist das ein Beweis, daß sie in einem gegebenen concreten Fall nicht thatkräftig genug gehandhabt wird und der neutrale Staat kann seinerseits nicht für diesen Mißerfolg verantwortlich gemacht werden. Von Wichtigkeit ist die Frage: Wann das Vergehen des Blockadebruchs soweit vorgeschritten ist, daß eine Wegnahme als gerechtfertigt zu erachten? Auch hier zeigt sich wiederum der alte Gegensatz der Interessen, indem die Kriegführenden sich vielfach in ihren Prisengerichten mit unbestimmten Präsumtionen zum Nachtheil der Neutralen beholfen haben. Nach der strengsten Ansicht der Neutralen wäre Ergreifung in flagranti nöthig, nach der strengsten Ansicht der Kriegführenden schon bloße Versegelung eines Schiffes nach einem neutralen Hafen genügend, um die Wegnahme zu rechtfertigen.

§. 68. Kriegscontrebande. Versorgung des Feindes mit Mitteln der Kriegführung ist, wenn von Unterthanen begangen, verrätherisch, wenn von Neutralen unternommen, neutralitätswidrig. Zuvörderst ist jede Regierung verpflichtet, die Zufuhr von Kriegsmaterial an einen der Kriegführenden zu hindern. Im Seehandel sind indessen Controle und Ueberwachung äußerst schwierig. Daher die ergänzenden Regeln der Kriegscontrebande oder die Zulässigkeit der Selbsthülfe gegen neutrale Unterthanen wegen neutralitätswidrigen Handels mit dem Feinde. Uebertretung der aus den Neutralitätspflichten abzuleitenden Handelsverbote (contra bannum) hat mindestens Confiscation der Kriegscontrebande zur Folge. Zweifelhaft und bestritten ist, ob ein Fahrzeug, welches Kriegscontrebande an Bord hat, gleichfalls weggenommen werden darf; ob Wissenschaft des Capitäns oder Befrachters von der Eigenschaft der Fracht erforderlich oder nicht? Die größte Schwierigkeit ergibt sich aber wiederum bei der Interessenfrage: was als Kriegscontrebande nach allgemeinem Völkerrecht angesehen werden darf? Seit Grotius hat man versucht, mit Rücksicht auf die Neutralitätspflichten alle Handelsartikel unter einem dreifachen Gesichtspunkte zu gruppiren: 1) solche Waaren und Materialien, welche niemals für Kriegszwecke bestimmt sein können (z. B. Bücher, Papier u. s. w.), 2) solche Gegenstände, welche bei ihrer Anfertigung stets für Zwecke der Kriegführung bestimmt zu sein pflegen: Kriegs- und Transportschiffe, Militäreffecten, Waffen, Kriegsmunition, 3) solche Gegenstände, welche theils zu kriegerischen, theils zu friedlichen Zwecken verwendet zu werden pflegen (s. g. res ancipitis usus). Diesen drei Classen werden im wesentlichen verschiedene Rechtsregeln angepaßt werden müssen. Die erste darf niemals einem Handelsverbote unterworfen werden. Die zweite Classe von Gegenständen bedarf keines Verbotes, weil ihr Zweck ein solches von selbst nach allgemeinen Grundsätzen in

sich trägt. Streitig und zweifelhaft ist die dritte Classe. Sie ist überdies von größter handelspolitischer Wichtigkeit, weil gerade diejenigen Handelsartikel, welche die größten Werthe repräsentiren, für Krieg und Frieden gleich nothwendig und gleich brauchbar sind: Rohmaterialien, wie Eisen und Steinkohle, Bauholz, Hanf, Schwefel, Salpeter, Lebensmittel, Getreide, edle Metalle, Geld, Dampfmaschinen für Schiffe. Der Kriegführende betrachtet solche Gegenstände einseitig mit Rücksicht auf ihren Werth für seinen Gegner, der neutrale Staat vorwiegend vom Standpunkt seines Handelsvortheiles. Will man den Kriegführenden gestatten, ein einfaches Verbot zu erlassen, welches gewisse Gegenstände für Contrebande erklärt, so überliefert man den neutralen Handel ihrer Willkür; folgt man lediglich der Meinung der Neutralen, so wäre es denkbar, daß die Kriegführung erhebliche Beeinträchtigung erfahren könnte. Ein Ausweg aus diesen Schwierigkeiten kann nur vermittelst der positiven Vertragsschließungen gefunden werden, durch welche entweder die Nationen gemeinsam von Zeit zu Zeit bestimmen, was außer dem eigentlichen Waffenhandel als Kriegscontrebande angesehen werden darf, was nicht. Das Wesen der Kriegscontrebande ist eigentlich von thatsächlichen Verhältnissen abhängig; die nur gelegentliche oder nebensächliche Bestimmung gewisser Gegenstände zu kriegerischen Operationen, oder die Qualität eines Rohstoffes, der eine Veränderung und Umformung durch industrielle Arbeit verlangt, sollte niemals ein Verbot rechtfertigen. Jedenfalls kann sich ein Staat der Consequenz der von ihm eigenmächtig erlassenen Handelsverbote nicht entziehen. Er wird, wenn er in der Lage der Neutralen sich befindet, unbedingt gegen sich selbst gelten lassen müssen, was er als Kriegführender seinerseits von den Neutralen beanspruchte, und umgekehrt als Kriegführender Verzicht leisten auf Verbote, die er als Neutraler früher gegen sich selbst nicht anerkannte. Bis jetzt gibt es keine überall gangbaren Bestimmungen über den Begriff der Kriegscontrebande, doch ist es unzweifelhaft, daß die Handelsinteressen mehr und mehr die Ueberhand gewinnen über die militärischen.

Der Thatbestand des verbotenen Handels ist gegeben nicht etwa mit bloßem Kauf und Verkauf zwischen Unterthanen eines neutralen Staates und andererseits denjenigen einer kriegführenden Macht, sondern, wie man meistentheils annimmt, mit der begonnenen Zufuhr, also mit beginnender Leistung an den kriegführenden Staat als Empfänger. Unter diesem Gesichtspunkte hat man auch einzelne persönliche Dienstleistungen für den Feind als Kriegscontrebande aufgefaßt, z. B. Beförderung von Mannschaften oder von Depeschen für eine feindliche Armee.

(**Literatur**: Moseley, What is contraband of war and what is not. Comprising all the american and English authorities on the subject, 1861. — Marquardsen, Der Trentfall. Zur Lehre von der Kriegscontrebande und dem Transportdienst der Neutralen. 1862).

§. 69. Beschlagnahme des neutralen Eigenthums zur See. Während das feindliche Eigenthum zur See der Wegnahme unterliegt, ist neutrales Eigenthum — abgesehen von den Fällen der Kriegscontrebande und des Blockadebruchs an sich unverletzlich. Nun können aber diese einfachen Regeln auf Schwierigkeiten stoßen, wenn neutrales und feindliches Eigenthum in äußerer Verbindung mit einander treten: Entweder neutrale Fracht auf feindlichen Seeschiffen, oder feindliche Fracht auf neutralen Schiffen. Mit der Lösung des hier gestellten Problems haben sich die letzten Jahrhunderte in der Literatur und auf den Schlachtfeldern, in der Diplomatie und in Friedensschlüssen beschäftigt. Der Reihe nach sind folgende Normen aufgestellt und zeitweise beobachtet worden: 1) Entweder „frei Schiff: unfrei Gut, unfrei Schiff: frei Gut"; d. h. die Separation der juristisch nachweisbaren Eigenthumsstücke der Neutralen und des Feindes wird für die Zwecke der Wegnahme oder Freigabe vollzogen. Anscheinend der

Theorie entsprechend, hat dieses von den Engländern ehemals befolgte System den schweren praktischen Nachtheil, daß die Interessen der Neutralen nicht geschont, sondern im Gegentheil durch die Nachforschungen nach der Eigenschaft der an Bord neutraler Schiffe geladenen Waare in fortlaufenden Störungen des neutralen Seehandels verletzt werden. 2) Schon die feindliche Eigenschaft eines Bestandtheils im Verkehr sei es des Schiffes, oder der Ladung hat den Verfall des neutralen Eigenthums an dem anderen Bestandtheil zur Folge: ein System, welches als Repressalie gegen das erstere zeitweise von Frankreich gehandhabt wurde. 3) Der Grundsatz: „die Flagge deckt die Ladung" oder: „frei Schiff: frei Gut; unfrei Schiff: unfrei Gut; wobei juristisch davon ausgegangen wird, daß die Eigenschaft der Hauptsache (also des Schiffes), über Wegnahme oder Freigabe der Nebensache (also der Waare) entscheiden solle. Dieses dritte System wurde von den neutralen Staaten der englischen Seerechtspraxis entgegengestellt. 4) Die Vereinbarungen von Paris (1856) haben nicht nur das englische System verworfen, sondern noch einen Schritt über die ehemals von den Neutralen gestellten Forderungen hinaus gethan. Es gilt nunmehr der Satz: frei Schiff, frei Gut — in soweit also die bisherige Rechtsauffassung der Continentalstaaten; außerdem aber auch: unfrei Schiff, frei Gut — insoweit also die alte Regel der Engländer. Neutrale Schiffe decken die feindliche Fracht; neutrales Eigenthum darf auch an Bord feindlicher Schiffe nicht weggenommen werden. Der einzige Nachtheil, welcher sich also gegenwärtig für den neutralen Handel in seiner Beziehung zur Rhederei eines kriegführenden Staates ergeben kann, ist der: daß mit der Aufbringung eines feindlichen Schiffes die neutrale Waare festgehalten, von ihrem Bestimmungsorte entfernt und durch Zeitverlust oder Verschlechterung entwerthet werden kann.

§. 70. Frühere Jahrhunderte kannten außer den bereits angeführten Hemmungen des neutralen Handels noch anderweitige Beschränkungen, deren rechtliche Zulässigkeit in der neuesten Zeit eine zweifelhafte geworden ist. Sie dürfen als Verletzungen der Neutralen betrachtet und deswegen als unerlaubt bezeichnet werden. Hierher gehört 1) das Verbot neutraler Küstenschiffahrt längst eines feindlichen Litorals. Grund desselben war die Schwierigkeit weit ausgedehnter Blockade. 2) Das Verbot des neutralen Handels mit den feindlichen bis zum Ausbruch des Krieges vom Mutterlande verschlossen gehaltenen Colonien, wobei man von dem Satze ausging, daß die Lage der Neutralen im Krieg nicht vortheilhafter werden dürfe, als sie bei fortbestehendem Frieden gewesen sein würde. 3) Das Vorkaufsrecht der Kriegführenden an solchen Handelsartikeln der Neutralen, welche dem Feinde zugeführt werden und ohne gerade Kriegscontrebande zu sein, doch Vortheile irgend welcher Art verschaffen könnten. 4) Das Recht, neutrale Handelsschiffe zu den im Kriege nothwendigen Transportdiensten gewaltsam gegen Entschädigung zu gebrauchen.

(**Literatur:** L. K. Aegidi und Klauhold, Frei Schiff unter Feindesflagge. Sammlung der Bestrebungen zur Fortbildung des Seerechts seit 1856, auf Veranlassung der Bremer Handelskammer herausgegeben. — Vidari, del rispetto della proprietà privata fra gli stati in guerra, 1867. — Yeaman, Some observations upon international prize law and the abolition of marine captures, 1867).

§. 71. Das Durchsuchungsrecht. Handelsschiffe einer fremden Macht dürfen in Ermangelung eines ausdrücklich gestattenden Vertrages auf hoher See in Friedenszeiten nicht angehalten oder durchsucht werden. Zu Kriegszeiten galten bisher andere Regeln, indem ein Durchsuchungsrecht bisher geübt wurde zur Wahrnehmung der den Kriegführenden gegen den neutralen Seehandel zustehenden Rechte. Gegenstand der Durchsuchung sind nur Handelsfahrzeuge, niemals Kriegsschiffe, deren Verhalten durch öffentliche Autorität und Verantwortlichkeit hinreichend gedeckt ist. Jedenfalls ist das Durchsuchungsrecht des Kriegführenden, als eine bisher von den Neutralen geduldete Ausnahme auf das Allernothwendigste zu beschränken. Zunächst hinsichtlich des Ortes. Unter keinen Um=

ständen dürfen die Küstengewässer eines neutralen Staates selbst gemißbraucht werden; und auf hoher See kann eine Durchsuchung auch nur an solchen Schiffen zugestanden werden, welche von oder nach einem feindlichen Hafen segeln oder zu segeln scheinen. Schiffe, die offenbar auf der Fahrt zwischen zwei neutralen Häfen begriffen sind, dürfen nicht angehalten werden. Untersuchungsberechtigt sind Truppenbefehlshaber oder Capitäne eines Kriegsschiffes, falls Kaperei besteht, auch Kaperschiffe, ohne daß es irgend einer speciellen Vollmacht bedürfte. Aber diese Berechtigung versteht sich im einzelnen Fall doch nur unter der Voraussetzung eines hinreichenden Grundes, mindestens also eines durch die Umstände gerechtfertigten oder entschuldbaren Verdachts, daß das untersuchte Schiff gegen die Rechte der Kriegführenden verstoße, z. B. wegen Befrachtung mit Kriegscontrebande oder wegen Führung einer neutralen Flagge seitens eines der Wegnahme unterliegenden feindlichen Fahrzeuges. Ob sich der anfangs gehegte Verdacht hinterher bestätigt oder nicht, ändert an dem Verhältniß des neutralen Staates zu dem vorgenommenen Untersuchungsacte selbst nichts, erst ein gar nicht zu rechtfertigender Gebrauch des Durchsuchungsrechtes würde den Kriegführenden verantwortlich machen. Mit Beziehung auf das durchsuchte Schiff kann das Ergebniß der Durchsuchung ein verschiedenes sein: entweder Widerlegung des zur Durchsuchung bestimmenden Verdachtes und solchenfalls sofortige Freigabe; oder Verdächtigkeit, sei es, daß sie nicht gehoben oder gar bestärkt würde, und solchenfalls Beschlagnahme zum Zwecke definitiver gerichtlicher Aburtheilung vor einem Prisengerichte. Als verstärkte Gründe des Verdachtes behandelt die Praxis insbesondere: Widersetzlichkeit gegen die durchsuchende Mannschaft oder Vernichtung der Legitimations- und Schiffspapiere vor vollendeter Untersuchung. Im Falle sich ein untersuchungspflichtiges Schiff auf die Flucht begibt oder ernsthafter Widerstand versucht wird, kann nach vorangegangener Warnung Gewalt bis zum äußersten gebraucht und bis zur Zerstörung ausgedehnt werden. Die Art der Durchsuchung selbst kann je nach den Umständen willkürlich strenger oder leichter gehandhabt werden. Mit Rücksicht auf solche äußere Modalitäten wollten einige Publicisten ein einfaches Besuchungsrecht (right of visit) bestehend in dem bloßen Besteigen des Schiffskörpers und ein strengeres Durchsuchungsrecht, bestehend in der Erforschung der inneren Schiffsräume unterschieden wissen. Doch sind dies lediglich Unterscheidungen quantitativer Art ohne juristischen Werth.

(**Literatur:** W. B. Lawrence, Visitation and search: or an historical sketch of the British claim, to exercise a maritime police over the vessels of all nations in peace as well as in war, 1858).

§. 72. Convoiirung. Unter allen Umständen ist auch bei mäßigem Gebrauch das Durchsuchungsrecht dem neutralen Handel hinderlich und lästig. Dazu kommt, daß sich gegen Chicane wenig thun läßt. Um sich gegen den Mißbrauch zu schützen, verfiel man auf das sichere Geleit. Die Holländer beanspruchten zuerst ein Geleitsrecht (droit du convoi) in dem Sinne, daß der neutrale Staat in der Uebernahme der Verantwortlichkeit für Neutralitätsverletzungen seiner Unterthanen deren Handelsschiffe bis zu ihrem Bestimmungsorte von seinen Häfen aus durch Kriegsfahrzeuge begleiten läßt. Die Undurchsuchbarkeit der Kriegsschiffe wird hier ausgedehnt auf solche Fahrzeuge, die sich ausdrücklich unter obrigkeitliche Autorität begeben und von Kriegsschiffen überwachen lassen. In der That scheint es auch ganz natürlich, daß jeder neutrale Staat im Interesse der Kriegführenden und seiner eigenen Unterthanen eine weitergehende Verantwortlichkeit für die Beobachtung der Neutralität im Seehandel übernehmen kann, daß er beanspruchen darf, für seine ausdrücklichen und amtlichen Erklärungen über die nicht neutralitätswidrige Eigenschaft eines Seetransportes öffentlichen Glauben auch bei den Kriegführenden zu finden. Diesen Glauben kann ein Staat allerdings nur soweit fordern, als

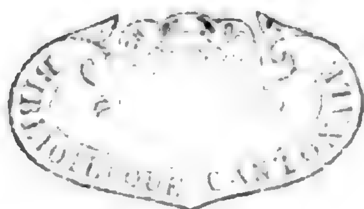
er im Stande ist, sich Einsicht zu verschaffen in die Natur der mit dem Geleitsrechte ausgestatteten Sendungen. Solche Handelsschiffe, die sich selbst auf hoher See einem Geleite anschließen, hören darum nicht auf, Gegenstand der Durchsuchung zu sein; ebenso kann regelmäßig kein Staat die Verantwortlichkeit übernehmen für Schiffe einer anderen neutralen Macht, sollten dieselben auch aus seinen Häfen auslaufen. Für den Fall, daß nach vorausgehender Zerstreuung eines Schiffsgeschwaders geleitsberechtigte Fahrzeuge sich mit anderen nicht berechtigten vermischen, darf überdies der Identitätsbeweis für die zum Geleite gehörigen Schiffe von den Kriegführenden verlangt werden. Jedenfalls besteht nicht der mindeste Grund, das Geleitsrecht, wie von Seiten Englands geschah, grundsätzlich zu bestreiten.

§. 73. Prisengerichtsbarkeit. Ueber die Seebeute und die Wegnahme feindlichen Eigenthums zur See entscheiden regelmäßig Behörden der kriegführenden Staaten unter dem Titel der Prisengerichte. Weggenommene Fahrzeuge oder Güter des Feindes pflegen daher zum Zwecke ihrer Condemnation als „gute Prise" vor ein See- oder Admiralitätsgericht gestellt zu werden. Diese Praxis hat den doppelten Sinn, daß der kriegführende Staat, der Prisengerichte einsetzt, die Privatkriegführung durch Kaper seiner Autorität unterwirft und die Gewißheit erlangt, daß nicht neutrales Eigenthum in unberechtigter Weise geschädigt werde. Die Verpflichtung jede Prise auch die unzweifelhaft feindliche einem Prisengericht zu unterwerfen, ist daher wesentlich staatsrechtlicher Natur; oder sie bezieht sich doch ihrem Grunde nach nur auf das Verhältniß des Kriegführenden zu neutralen Mächten. Kriegführende selbst können sich nicht beschweren, wenn ihr Eigenthum, welches der Aneignung unterliegt, ohne juristischen Proceß auf hoher See zerstört wird. Denn nicht die Adjudication, sondern die gewaltsame Wegnahme ist der Grund des Eigenthumsverlustes für den bisherigen Eigenthümer. Ob die neutralen Staaten es rügen können, wenn feindliches Eigenthum auf hoher See sofort vor geschehener Condemnation durch ein Prisengericht vernichtet wird, ist neuerdings streitig geworden.

Aber auch die Zuwiderhandlungen des neutralen Seehandels gegen die Rechte der Kriegführenden werden den Prisengerichten unterworfen. Ihre Jurisdiction über die auf hoher See begangenen Vergehen fremder Unterthanen ist also eine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln, welche dem Durchsuchungsrecht durchaus correspondirt und gleichsam eine Ergänzung zu demselben bildet. Die Competenz der Prisengerichte, hergeleitet aus einem willkürlich fingirten forum arresti oder deprehensionis ist eine sehr weit ausgedehnte, weil sie auf eigenmächtiger Uebung der Seemächte beruht. Auch das Verfahren ist den Neutralen im höchsten Maße ungünstig. Man bezeichnet dasselbe als einen Reclame-Proceß, in welchem der Eigenthümer des weggenommenen Gutes als Vindicant oder Reclamant auftritt und den Ungrund der Wegnahme zu beweisen hat. Ein derartiger negativer Beweis ist immer schwierig. Dazu kommt, daß die Seerechtspraxis den Unterthanen der neutralen Staaten vielfach ungünstige Präsumtionen entgegensetzt. Insbesondere pflegt dies dann zu geschehen, wenn das weggenommene Schiff ehemals einem feindlichen Unterthanen gehörte und nach dem Ausbruch des Krieges in das Eigenthum eines Neutralen überging. Für die Kenntniß der materiellen Normen, nach denen die Prisengerichte verfahren, ist die Praxis der englischen Admiralitätsgerichte und demnächst in zweiter Linie der amerikanischen und französischen Seegerichte die reichste Fundgrube. Von einer gerechten Prisenjustiz gegen Neutrale kann aus mehr als einem Grunde bis jetzt keine Rede sein. Denn einmal steht es in der Willkür des urtheilenden Staates, welche Beweismittel er überhaupt den neutralen Unterthanen gestatten will. In den Fragen des materiellen Rechts waltet jener schwere Conflict zwischen den Interessen der

Kriegführenden und der Neutralen, welchem sich auch der Richter in seiner nationalen Angehörigkeit zu einem kriegführenden Staate schwerlich wird entziehen können. Die oberste Bürgschaft aller Rechtspflege, die Unparteilichkeit der urtheilenden Personen fehlt in den meisten Fällen. Wenn in dieser Hinsicht irgend ein Fortschritt gemacht werden soll, so muß die Prisengerichtsbarkeit über die Neutralen eine gänzlich veränderte Gestalt annehmen. Entweder wird hier ein gemischter Gerichtshof, zusammengesetzt aus Mitgliedern des kriegführenden Staates und der neutralen Mächte eine zuverlässigere Instanz darbieten, oder das Schiedsgericht eines dritten unbetheiligten neutralen Staats angemessen sein. Jede einseitig geübte Justiz der Kriegführenden sollten die Neutralen zurückweisen, besonders wenn sie selbst gewillt sind, den Handel mit Kriegscontrebande ihren Unterthanen zu untersagen. Die Verwickelungen und Schwierigkeiten der Prisenjustiz werden übrigens sehr erheblich schon dann vermieden, wenn man endlich sich entschließen wollte, die Unverletzlichkeit des feindlichen Privateigenthums zur See anzuerkennen. Die materielle Competenz der Prisengerichte würde damit ihr hauptsächliches Object verlieren und von den jetzt wichtigen Fällen blieben alsdann nur noch die Kriegscontrebande und der Blockadebruch übrig. Ob jene große Reform durchgeführt würde oder nicht, immer hätte Deutschland übrigens allen Anlaß, die völkerrechtliche Seite des Seerechts ernsthaft zu pflegen. Bisher verhielt es sich wesentlich passiv gegenüber den fremden Nationen. Seitdem es begonnen hat, seine Kräfte zur See zu entwickeln und eine Kriegsmarine zu begründen, ist es auch berufen, an einer unzweifelhaft nothwendigen Weiterentwickelung des Seerechts theilzunehmen.

(**Literatur:** Deane, Effect of war upon the trade and property of neutrals and maritime capture and prize. 1852. — G. Lushington, A manual of naval prize law, 1866. — Pritchard, a digest of the law and practice of the High Court of Admiralty of England, 2 ed., 1865. — Katchénowski, Prize law (aus dem Russischen übersetzt von Pratt), 1866. — A. de Pistoye et C. Duverdy, Traité des prises maritimes dans lequel on a refondu, en partie le traité de Valin en l'appropriant à la législation nouvelle, 2 tms. 1855).

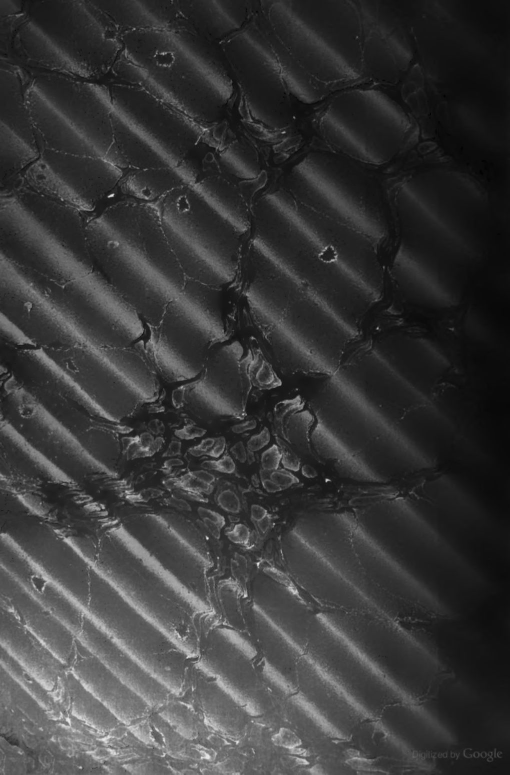


Druck der Hofbuchdruckerei (H. A. Pierer) in Altenburg.

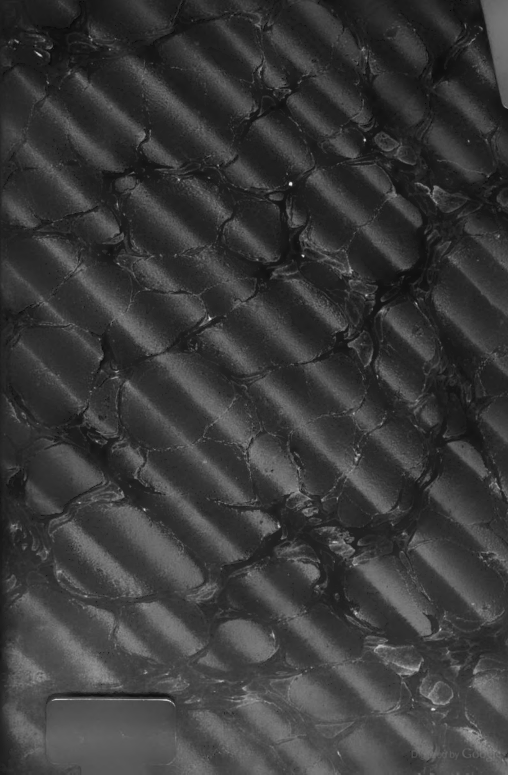
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google